

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

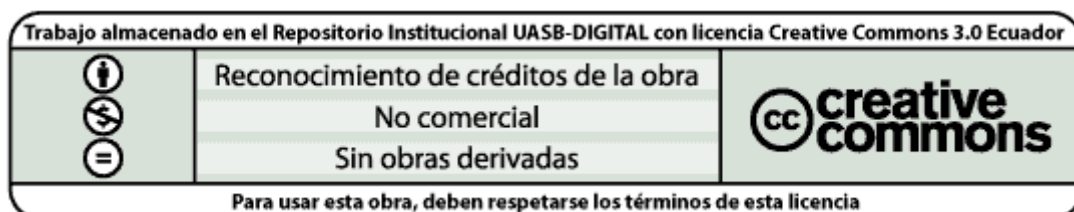
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

**El Derecho a la Resistencia en el marco de la Constitución de la
República del Ecuador de 2008**

Mariana Paola Jiménez Sigüenza

Quito, 2015



CLAUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, **Mariana Paola Jiménez Sigüenza**, autora de la tesis intitulada **“EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008.”** mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 08 de agosto de 2015.

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

**“El Derecho a la Resistencia en el marco de la Constitución de la República del Ecuador de
2008”**

Autora: Mariana Paola Jiménez Sigüenza

Tutor: Doctor Marco Navas Alvear

Quito, 2015

RESUMEN

El neoconstitucionalismo nos enmarca dentro de una nueva propuesta de Estado constitucional de derechos y justicia, idea que nos permite comprender que como nunca antes en la historia del constitucionalismo ecuatoriano, múltiples derechos vinculados con la participación social han sido reivindicados y reconocidos como una novedad en la Constitución de Montecristi. Entre estos derechos se encuentra el de resistencia, necesario e insustituible para que el pueblo de forma individual o colectiva pueda ejercer el derecho innato de defensa ante la arbitrariedad y abuso de los poderes públicos o privados y también para utilizarlo como “un medio directo de participación del pueblo en la política.” En esta tesis reviso como sería entendida por la sociedad ecuatoriana la invocación del derecho a la resistencia en el marco sistemático de la Constitución del 2008 y señalo que una comprensión sobre unos límites débiles del derecho a la protesta, podría llevarnos a pensar que existiría un conflicto de derechos constitucionales en las diferentes manifestaciones de actos de resistencia colectiva, mismos que podrían haber sido zanjados con la aplicación de normas infraconstitucionales en la sustanciación de diferentes procesos penales; de ahí la importancia de que los operadores de justicia dejen de lado un criterio de solución estándar al momento de resolver los casos en los que se ha invocado este derecho constitucional, y de que consideren también que podría existir una trilogía en el ejercicio de la resistencia colectiva, pues la protesta social sería entendido como un *medio* para la invocación de este derecho, ya que la resistencia al ser entendida como un derecho de participación en el marco constitucional actual, podría considerarse como el *fin* de estos actos colectivos de protesta. Finalmente en este planteamiento, los actos de resistencia colectiva encontrarían protección no solo constitucional sino internacional porque existiría una conexidad de éstos con los derechos a la libertad de expresión, reunión, manifestación y asociación.

DEDICATORIA

A mi amado papito Samuel, por ser mi ángel,
ejemplo, fortaleza y permanente inspiración.

AGRADECIMIENTO

Mi más profundo agradecimiento a Dios y a la Virgen por cada una de sus bendiciones en este camino mágico de vida.

A mis amados padres, Mariana y Manuel, por su inmenso amor, ternura y confianza.

A mis adorados hermanos, Juan, Stalin y Mónica, por su cariño y sus constantes palabras de apoyo.

A la Universidad Andina Simón Sede Ecuador, por la oportunidad de formación académica y, por medio de aquella a su personal docente y administrativo por su afecto, amabilidad y colaboración en los días de permanencia en esta casa de estudios.

A mis amigos y compañeros de estudio de la Universidad, por su amistad, alegría y solidaridad, haciendo de mi periodo de estudio una gran experiencia de vida.

Un agradecimiento especial a mi docente y tutor, doctor Marco Navas Alvear, profesional que de manera responsable con mucha paciencia, vasto conocimiento y aportes para el desarrollo del tema, ha hecho posible la realización del presente trabajo académico.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUME.....	4
INTRODUCCIÓN.....	9

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y ALCANCES CONCEPTUALES.

1.1. Derecho de Participación	12
1.1.1. Elementos para una definición del derecho de participación	12
1.1.2. El derecho de participación en la Constitución ecuatoriana del 2008	15
1.2. Democracia Deliberativa	19
1.2.1. La noción de democracia deliberativa	20
1.3. Criminalización Protesta Social	23
1.3.1. Noción de protesta social y de su criminalización.....	23
1.3.2. La protesta social en el marco constitucional ecuatoriano	28
1.4. Derecho a la Resistencia.....	36
1.4.1. El derecho a la resistencia en la perspectiva histórica desde el Constitucionalismo Contemporáneo.	36
1.4.2. Elementos para articular una noción de Derecho a la resistencia.....	41
1.4.2.1. Desobediencia Civil	41
1.4.2.2. Objeción de Conciencia	44
1.4.2.3. Insurrección	46
Recapitulación	49

CAPÍTULO II

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA RESISTENCIA, SU ALCANCE Y SUS POSIBLES LIMITACIONES

Configuración constitucional del Derecho a la Resistencia	52
2.1. El derecho a la resistencia en el constitucionalismo: Marco comparado	53
2.1.1. Naturaleza Jurídica	53
2.1.2. Contenido Jurídico.....	64

2.1.2.1. Objetivo	64
2.1.2.2. Sujetos	67
2.1.2.2.1. Sujeto Activo	67
2.1.2.2.2. Sujeto Pasivo	69
2.2. Limitaciones al Derecho a la Resistencia	72
2.2.1. Limitaciones de índole constitucional	72
2.2.2. Limitaciones de índole legal	85
2.2.2.1. Terrorismo	87
2.2.2.2. Sabotaje	91
2.2.2.3. Ataque o resistencia	95
Recapitulación	98
 CAPÍTULO III	
ANÁLISIS DE CASO “QUIMSACocha” RESPECTO A LA INVOCACIÓN DEL DERECHO A LA RESISTENCIA Y LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL	
3.1. Caso: “Quimsacocha”	102
3.1.1. Antecedentes del caso	102
3.1.2. Argumentos de las partes procesales respecto a la invocación del derecho la resistencia	104
3.1.3. Análisis del proceso judicial “Quimsacocha”	110
Recapitulación	122
CONCLUSIONES	126
BIBLIOGRAFÍA	130

INTRODUCCIÓN

Si consideramos que la realidad actual del Ecuador está caracterizada por una sociedad altamente crítica, que demanda el ejercicio del derecho a resistir colectivamente, de esencia *iusnaturalista*, y que se manifiesta en las protestas sociales, generalmente por las amenazas o violaciones a derechos constitucionales de la mayoría de ecuatorianos, como por ejemplo la amenaza de la minería a los derechos de la naturaleza y al medio ambiente sano, la amenaza de megaproyectos hidroeléctricos a los derechos a conservar recursos renovables que se hallen en sus tierras y ante determinados actos de particulares o autoridades públicas que vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales, implica entonces la necesidad social de que exista una aproximación a una interpretación sistemática y unificada del contenido del artículo 98 de la Constitución del Ecuador que como una innovación positiviza a la resistencia que puede ser invocada en nuestro país de manera individual o colectiva .

Este análisis normativo constitucional sería de importancia pues al ser el derecho a la resistencia una novedad del catálogo de derechos reconocidos en la Constitución ecuatoriana vigente, no existen suficientes criterios doctrinarios nacionales y jurisprudenciales que desarrollen lineamientos claros en torno a su ejercicio.

En este sentido, una posible lectura respecto a la configuración y a los límites de la invocación del derecho constitucional a la resistencia colectiva que tendría conexidad con los derechos a la libertad de expresión, reunión y asociación, permitiría a los ecuatorianos conocer e identificar las posibles circunstancias en las que su ejercicio a través de diferentes mecanismos empleados en las protestas sociales (bloqueo de carreteras con la quema de neumáticos o palos), podría ser considerado efectivo y constitucional.

Así mismo, permitiría analizar los diferentes procesos judiciales, que pese a la amnistía otorgada por la Asamblea Constituyente en el 2008 a todas las personas que habían sido judicializadas por participar en diferentes movilizaciones, fueron iniciados en los últimos años contra varios resistentes¹. Actos de resistencia colectiva que desde una visión del gobierno y de los operadores de justicia resultarían criminalizados si se los entiende como actos que rompen el orden y que por lo tanto vulneran el derecho de terceros ajenos a la protesta, pasando a ser entendido en las primeras etapas de los procesos penales como un delito de sabotaje, terrorismo, ataque o resistencia.

Con estas consideraciones y tomando en cuenta que el derecho a la resistencia que puede ser individual o colectiva se encuentra situado en el Título IV Participación y Organización del Poder, Capítulo I Participación en Democracia, Sección 2ª, Organización Colectiva de la Constitución ecuatoriana, la presente investigación académica girará en torno a la invocación al derecho a la resistencia colectiva. Así, en el primer capítulo de este trabajo se abordan los elementos para una definición del derecho de participación y se examina éste en la Constitución ecuatoriana del 2008. Asimismo, se analiza la noción de democracia deliberativa y los elementos para una definición de protesta social y de su criminalización. También, se discute la protesta social en el marco constitucional ecuatoriano. Seguidamente, se realiza una referencia del derecho a la resistencia en la perspectiva histórica desde el Constitucionalismo Contemporáneo. Cerrando éste, con las distinciones de los elementos de las nociones conceptuales de los fenómenos de desobediencia civil, objeción de conciencia e insurrección.

¹ Asamblea Constituyente, Informe de la Mesa de Legislación y Fiscalización, sobre la procedencia de nuevas amnistías personas acusadas de varios delitos vinculados con la protesta y movilización en contra de la actividad minera, construcción y funcionamiento de centrales hidroeléctricas, defensa de espacios comunales, defensa del agua, y en general, con la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, Montecristi, 8/7/2008, disponible en: http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/amnistia_personas_chillanes_bolivar.pdf.

En el segundo capítulo de esta tesis, se busca profundizar en el contenido -objeto, sujetos- y la naturaleza misma del derecho a la resistencia. Para ello, se inicia el trabajo con un breve análisis comparativo del derecho a la resistencia reconocido en la Ley Fundamental Federal de Alemania, en la Constitución argentina de 1994; y el artículo 98 de la Constitución ecuatoriana. En seguida, se realiza una breve referencia de los puntos que podrían ser considerados como relevantes en los debates planteados en torno a las limitaciones de índole constitucional (derechos de terceros ajenos a la protesta) y legal (delito de resistencia, sabotaje, terrorismo) respecto a la invocación del derecho a la resistencia.

Finalmente en el tercer capítulo, se intenta identificar y analizar en el caso emblemático “Quimsacocha” los elementos que girarían en torno a la estructura del derecho a la resistencia colectiva en el marco de la Constitución del 2008, su relación con la protesta social y su criminalización. Estos elementos son contrastados con los señalados y desarrollados a lo largo de este trabajo académico, los que tendrían vinculación con los “límites” del ejercicio del derecho a la resistencia colectiva; todo esto con el objeto de proponer una posible lectura de la invocación de este derecho en el contexto social ecuatoriano.

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA RESISTENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO, ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y ALCANCES CONCEPTUALES

En este capítulo vamos a abordar los elementos para una definición del derecho de participación, en segundo lugar se examinará el derecho de participación en la Constitución ecuatoriana del 2008. Asimismo, se analizará la noción de democracia deliberativa y los elementos para una definición de protesta social y de su criminalización. En seguida, se discute la protesta social en el marco constitucional ecuatoriano. A continuación, se hará una referencia del derecho a la resistencia en la perspectiva histórica desde el Constitucionalismo Contemporáneo. Por último, se examinarán las distinciones de los elementos de las nociones conceptuales de los actos de desobediencia civil, objeción de conciencia e insurrección. Todos estos temas deben ser tratados con el objeto de identificar su relación con la invocación del derecho a la resistencia colectiva conforme se encuentra reconocido en la Constitución ecuatoriana del 2008.

1.1. Derecho de Participación

1.1.1. Elementos para una definición del derecho de participación

La definición de participación, estaría en su esencia, íntimamente relacionada con dos de los anhelos del ser humano: el reconocimiento de la identidad y el derecho de todo individuo o colectivo de poder intervenir e influir en la toma de decisiones que afectan a su vida cotidiana². Así también, en palabras de Rafael González, la participación debe ser

² Pfr. Albert Noguera, “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, en *Desafíos constitucionales. La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y

entendida como un proceso que en busca del desarrollo integral de los habitantes en sociedad, establece mecanismos para que en forma individual o colectiva éstos sean parte de las decisiones, de la fiscalización, del control y la ejecución de las acciones en temas políticos, económicos, sociales y ambientales que son de interés general.³

Ronald Dworkin, menciona por su parte que el principio de participación se caracteriza especialmente porque en una democracia que es concebida como un gobierno comunitario de iguales, se le debe asignar a cada miembro de la sociedad un rol que le permita ser parte de todos los requerimientos, necesidades sociales y desde luego de todas las decisiones políticas.⁴

En la misma línea, para Felipe Vivero la participación es entendida como un derecho humano que con el objeto de obtener un progreso del individuo y de la colectividad en general incita a todos sus miembros a que exista una intervención permanente en las distintas esferas de la vida social, ya sea de forma particular, en conjunto o a través de instituciones organizadas.⁵

De esta manera, la participación en democracia no termina con el ejercicio simple del sufragio electoral, y por el contrario debería ser comprendida como “el proceso por medio

Derechos Humanos/ Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, Primera edición, Quito, 2008, pp.133-134.

³ Pfr. Rafael González, “Participación Social y Ciudadana”, citado por Lorena Recabarren, “Participación social y ciudadanía” en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.200525.4785762907/folder.200525.3074147462/29%20ie_135_part_sociud.pdf, p.156.

⁴ Pfr. Ronald Dworkin, *Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales*, en: El Canon Neoconstitucional/ Miguel Carbonell Sánchez, Leonardo García Jaramillo, España, Editorial Trotta, 2010, p. 136.

⁵ Pfr. Felipe Viveros, “Participación: dimensiones teóricas, políticas y jurídicas”, en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada, 2005-10-25, citado por Juan Pablo Morales, *Los nuevos horizontes de la participación*, en La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Ramiro Ávila, Primera edición, Quito, 2008, p. 157.

del cual los ciudadanos, en forma directa o mediante sus expresiones asociativas, inciden en ciertos procesos gubernamentales definitorios de políticas públicas.”⁶

En este contexto, se podría considerar a la participación como un derecho esencial en una sociedad democrática, porque ésta permitiría a los miembros de una colectividad a través de sus diversas formas de manifestación, intervenir y expresar de manera permanente sus necesidades, sus desacuerdos por posiciones políticas, económicas, sociales; con la finalidad de influir en la formulación y en la toma de decisiones gubernamentales que vulneren sus derechos o que en general puedan afectar su calidad de vida.

Para profundizar en este punto debemos atender a lo planteado por Zimmerman⁷, quien se refiere a la existencia de tres beneficios que derivan de un correcto ejercicio del derecho de participación. El primero de ellos se produciría porque muchas veces las instituciones que representan a los ciudadanos no identifican ni resuelven los problemas que las comunidades consideran de vital importancia, por lo que la participación de los ciudadanos resulta muy útil en cuanto a los programas de gobierno que les afecta directamente. En segundo lugar, si los ciudadanos participan, podrían hacer valiosas aportaciones a la planeación y ejecución de los diferentes proyectos, ya que son los que mejor conocen los entornos y las necesidades locales.

En tercer lugar, se crearía una corresponsabilidad entre los funcionarios públicos y los ciudadanos, en cuanto a los asuntos de interés público. De esta forma si los ciudadanos y el público interesado intervienen en el proceso de toma de decisiones comprendiendo así las razones de las mismas, se facilita y agiliza la acción gubernamental, ya que al existir un

⁶ Miguel González, “La participación ciudadana como alternativa de gobierno”, en: <http://www.uasb.edu.ec/padh/> revista 14, citado por Juan Pablo Morales, *Los nuevos horizontes de la participación, en La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Ramiro Ávila, Primera edición, Quito, 2008, p. 157.

⁷ Pfr. Joseph Zimmerman, *Democracia Participativa. El Resurgimiento del Populismo*, Limusa, México DF., 1992, p. 15.

consentimiento, se genera una alta probabilidad de que los ciudadanos cumplirán con la normativa vigente y harán más sencilla la ejecución de los diferentes proyectos gubernamentales.

De lo expuesto, podemos colegir que la participación como principio y derecho debería ser entendida como un elemento esencial de toda sociedad democrática, pues por medio de ella, los individuos tienen la oportunidad de intervenir de distintas maneras en la toma de las decisiones que los afecten directa o indirectamente, así también, pueden exigir a todos los servidores públicos que cumplan con sus obligaciones y requerimientos; incluso pueden demandar una rendición de cuentas, lo cual configura un verdadero proceso de participación y permanente control social.

1.1.2. El derecho de participación en la Constitución ecuatoriana del 2008

En el escenario ecuatoriano podemos manifestar que la Constitución de Montecristi a diferencia de la Carta Fundamental de 1998, se caracteriza porque supone una profundización en los mecanismos participativos del sistema político del país, es decir, se observa una participación ciudadana mucho más amplia, renovada y sobre todo mejor articulada con el Estado.

Lo anotado, se hace evidente tanto en la parte dogmática de los derechos como en el diseño institucional referido al sistema de equidad e inclusión, a la red de planificación y al “cuarto poder” de control social. Así mismo, porque con una tendencia inclusiva e innovadora se da el reconocimiento de múltiples actores, pues se identifica no solo a los individuos nacionales y extranjeros en lo que les sea aplicable, sino también a comunidades, colectivos y nacionalidades como titulares del derecho de participación, lo cual diferencia a la nueva Constitución, del modelo democrático-liberal clásico de organización política

del Estado, que se caracterizaba por las figuras tradicionales: la representación y la tripartición de poderes. Es necesario destacar, que se agregan también nuevos derechos al amplio catálogo como por ejemplo el derecho a la resistencia, que pese a estar situado en la parte organizativa de la constitución podría incorporarse a la participación directa.⁸

Un elemento importante en el tema de los derechos de participación constituye el artículo 1 del texto constitucional vigente que reemplaza el concepto de *medios democráticos* reconocido en la Constitución de 1998, por el de *formas de participación directa*: consulta popular, referéndum, iniciativa legal y revocatoria de mandato.

En igual sentido, el contenido del artículo 95 de la norma constitucional que afirma: “Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. [...]”; y, la multiplicación de los mecanismos y espacios populares de toma de decisiones revela la intención del constituyente de dotar al sistema político ecuatoriano de una nueva naturaleza y colocar al Estado en una relación íntima con la noción de participación, en otras palabras la definición de un Estado como participativo ha significado por lo tanto, que todo el articulado constitucional se vea impregnado por la participación popular, y en ese sentido, éste debe ser interpretado en plena armonía con este fin.⁹

En este contexto, resulta necesario hacer mención a la división de los ocho derechos de participación reconocidos en el artículo 61 de la Carta Fundamental, realizada por

⁸ Pfr. Albert Noguera, “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, en *Desafíos constitucionales. La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, Primera edición, Quito, 2008, pp. 134-137.

⁹ *Ibíd.*, pp. 134-137.

Marco Navas¹⁰, quien para fines explicativos los clasifica en dos grupos; pues ésta nos permite tener una visión clara y completa del catálogo de derechos de participación que se encuentran reconocidos en nuestra norma constitucional. Al primer grupo pertenecen los tradicionales derechos de participación vinculados con la democracia representativa, como son: el derecho a elegir y ser elegidos (numeral 1); el derecho a conformar partidos y movimientos políticos, a afiliarse o desafiliarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten (numeral 8).

En un segundo grupo se encuentran aquellos denominados nuevos derechos de participación, los cuales se dividen en dos subgrupos. El primero se refiere a aquellos derechos relacionados con el ejercicio de la democracia participativa propiamente dicha, en cuanto se trata de un proceso de actuación continua de la comunidad política de ciudadanos en las actividades públicas. Estos son los derechos a participar en los asuntos de interés público (numeral 2), el derecho a fiscalizar los actos del poder público (numeral 5) y el derecho a desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades (numeral 7).

Un segundo subgrupo expresa derechos relacionados con mecanismos de *democracia directa*, entre los que se hallan, el derecho a presentar proyectos de iniciativa popular normativa (numeral 3), el derecho a ser consultados (numeral 4) y el derecho a revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular (numeral 6). Podríamos incluir en este grupo al *derecho a la resistencia* (artículo 98), que situado en la parte organizativa de la Constitución, se encuentra positivizado como un derecho que tienen los individuos y colectividades frente a actos u omisiones de los poderes públicos o personas

¹⁰ Marco Navas, “Estado constitucional y derecho de participación. Una aproximación al modelo ecuatoriano”, ponencia presentada en la XI Conferencia Internacional de CRITICA JURIDICA, México DF, 12-16 de mayo de 2014.

no estatales cuando se lesionen o puedan lesionarse derechos constitucionales o para la demanda de nuevos derechos.

Sin embargo, desde una primera aproximación analítica las consecuencias de las formulaciones *sui generis* de los artículos 98 y 99 (acción ciudadana para el ejercicio del derecho a la resistencia) de la Constitución de la República del Ecuador, podrían ser que el derecho a la resistencia queda declarado, pero confundido y reducido a una garantía genérica que además no cuenta con la regulación correspondiente a través de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.¹¹

Desde una visión de principio, la participación en el Ecuador no necesariamente se restringe a las normas del derecho positivo, sino que podría incluir el ejercicio de oponerse y resistir “cuando el Estado no cumple con el principio de debida diligencia en la promoción y garantía de los derechos constitucionalmente consagrados, o cuando es el mismo el que, por acción, negligencia u omisión los viola [...]”.¹²

Por su parte Gargarella, señala que resistir al derecho es también un derecho humano vinculado con la participación, que debe ser ejercido sobre todo por los oprimidos para desafiar ciertas prohibiciones legales cuando estos desafíos pudieran servir, razonablemente, para poner fin a su situación de sufrimiento extremo. Este derecho puede reconocerse bajo criterios de causalidad, respeto mutuo, proporcionalidad y vínculo con la ausencia de una garantía.¹³ Resultaría lógico entonces, que al invocar la resistencia por estar relacionada con el derecho a disentir y a reclamar públicamente por determinados derechos, ésta debería ser plenamente respetada y garantizada por el Estado.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Javier Muguerza, “La alternativa del disenso. (en torno a la fundamentación de los derechos humanos)”, en: Javier Muguerza y otros autores. *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Edición preparada Gregorio Peces-Barba Martínez, 1989, p. 34.

¹³ Pfr. Roberto Gargarella, *El Derecho a resistir el Derecho: El Derecho de Resistencia en Situaciones de Carencia Extrema*, Buenos Aires, Niño y Dávila Editores, 2005, pp. 13-48.

Lo anterior nos permite inferir entonces, que el amplio catálogo de los derechos de participación reconocidos en nuestra Constitución nos ubicaría de manera clara en una “combinación de las formas de democracias representativa, participativa y directa propiamente dicha, que procura ser más inclusivo y transversal, y que complementa derechos con mecanismos de ejercicio y nueva institucionalidad”.¹⁴ En especial, porque a través de la participación los individuos, comunidades y sectores sociales organizados del Ecuador tienen la oportunidad de intervenir de distinta manera en la toma de las decisiones que los afecten e involucren, pues la misma Constitución expresa que “[...] La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad [...]”.¹⁵

En este contexto, la resistencia entendida como un derecho vinculado a la participación y como un mecanismo de democracia directa conforme a la Constitución, podría ser considerada como un elemento esencial en una sociedad democrática, que permitiría a los ciudadanos sin recurrir a intermediarios -representantes-, participar directamente a través de las diferentes formas de manifestación, expresando su inconformidad o desacuerdo sobre las decisiones de la autoridad pública que vulneran o puedan vulnerar sus derechos constitucionales.

1.2. Democracia Deliberativa

En un Estado donde el proceso deliberativo puede ser considerado como base de la democracia porque éste le otorga legitimidad, resultaría imperioso que la esfera pública para resolver participativa y comunicativamente los problemas públicos, a través de

¹⁴ Marco Navas, op. cit.

¹⁵ Véase artículo 95 de la Constitución de la República del Ecuador.

diversos intercambios argumentativos, no se encuentren disminuidos y quebrados, pues de suceder aquello, estos sectores podrían presentar sus expresiones ante los poderes formales transgrediendo con diferentes medidas las normativas existentes.

En otras palabras, cuando la comunicación, participación y opciones colectivas no se dan a nivel político en la medida de satisfacer las pretensiones de la población y más bien se producen serios conflictos, sería necesaria recurrir a la invocación del derecho a la resistencia colectiva con el objeto de hacer cesar la vulneración del derecho. Lo anotado hace evidente la necesidad de examinar en las siguientes líneas los elementos para una noción de democracia deliberativa, que nos permitiría entender de mejor forma la necesidad social de la invocación del derecho a la resistencia.

1.2.1. La noción de democracia deliberativa

La democracia deliberativa podría ser entendida como una tercera alternativa a los dos paradigmas políticos tradicionales: el modelo liberal-representativo de democracia y el modelo republicano de democracia. El primero se caracterizaría porque el poder procede del pueblo, más una vez delegado por el voto son los representantes políticos quienes lo ejercen; en este paradigma se mantiene una separación entre estado y sociedad, sin embargo esta última tendría un acercamiento íntimo con el mercado.

El modelo republicano de democracia, se establecería sobre la idea de una sociedad entendida como comunidad política que participa continua y responsablemente para ser parte de las decisiones que le afectan, en otras palabras una comunidad de ciudadanos libres e iguales que a través de la práctica del autogobierno se hace consciente de sí misma, pues el poder reside en el pueblo y no puede delegarse.¹⁶

¹⁶ Pfr. Carlos Nino, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa S.A, 1996, p. 175.

El pensador alemán Jürgen Habermas, es uno de los principales exponentes de la perspectiva de democracia deliberativa. Su modelo de democracia “se basa en procesos de comunicación y más concretamente en las deliberaciones, es decir, en el uso público de la razón a efectos de generar discusiones (intercambios argumentales) sobre problemas públicos.”¹⁷

Los derechos de participación y comunicación son esenciales para Habermas por cuanto protegen la existencia del modelo democrático. En este sentido, la democracia deliberativa a diferencia de los modelos tradicionales se concentraría en los procesos comunicativos, más que en los mecanismos de representación y los procedimientos de un sistema político, o bien en la soberanía popular detentada por la sociedad civil. De esta manera la deliberación (*deliberative Politik*) ocupa una posición intermedia entre el Estado y sociedad que son dos componentes básicos de este modelo de democracia. Esta dimensión intermedia ha sido denominada como *esfera pública o la dimensión de lo público*,¹⁸ y se torna en un pilar esencial en la democracia deliberativa, pues es la que otorga legitimidad democrática al Estado porque en ella se desarrolla el poder comunicativo donde en mayor o menor medida se tutela “un proceso inclusivo de la formación de la voluntad común.”¹⁹

Resulta imperioso entonces, proteger este espacio público independiente y movilizado, donde se desarrollan los discursos comunicativos, es decir, la formación de la opinión, de las razones que busquen solucionar a los problemas y de la voluntad política

¹⁷ Marco Navas, “Derechos a la comunicación y teorías de la democracia. Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano”, en: *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*/María Paz Ávila, Ramiro Ávila y Gustavo Gómez (eds.), Quito, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2011, p.106.

¹⁸ *Ibíd.*, p.107

¹⁹ Jürgen Habermas, *Tres modelos de democracia*, en La inclusión del otro, estudios sobre teoría política, Barcelona, Trotta, 1999, p.234

que se lleva a cabo de un modo deliberativo sobre la base de un “autoentendimiento ético - político,”²⁰ esencial para la legitimación del sistema político.

En este escenario, la democracia deliberativa debe ser concebida como una manera de entender la democracia, basada en el diálogo, el debate y la argumentación como elementos característicos de un proceso político que busca mejorar la calidad de las decisiones colectivas de forma que el conjunto de la ciudadanía resulte beneficiado.

Asimismo, el considerar la idea de una democracia deliberativa en el marco de la protesta social, nos permitiría pensar que este medio de manifestación estaría justificado cuando se transgrede una democracia asociada con un “proceso de discusión colectiva, preocupada porque todos y especialmente aquellos que resultarían más afectados, por las decisiones que se tomen, puedan intervenir y expresar lo que piensan sobre aquello que está por decidirse”²¹. Al respecto Santiago Nino, considera que frente a una disposición del gobierno es importante la participación y discusión de todos en condiciones de igualdad y sin coerción, evitando minorías aisladas, pues la ausencia de una verdadera participación justificaría las expresiones de descontento.²²

En este contexto, la democracia deliberativa podría ser pensada desde una visión comunitaria e integradora que permita entender que una democracia no termina con el ejercicio del voto en las urnas, y que se caracterizaría porque las decisiones del régimen requieren una discusión colectiva con intercambios argumentativos y un cierto conceso social; pues el no contar con una esfera pública donde sea posible el desarrollo de estos

²⁰ Véase Jürgen, Habermas, *Factividad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos en teoría del discurso*, Barcelona, Trotta, 1998, pp.329-320.

²¹ Roberto Gargarella, “Entre el derecho y la protesta social”, en *Ecuador Debate: revista especializada en ciencias sociales*, No. 83, Quito, Ecuador Debate. Centro Andino de Acción Popular, Consejo Editorial, 2011, p. 34.

²² Pfr. Carlos Nino, op.cit., p. 180.

intercambios argumentativos, nos llevaría a pensar que resulta permitido aceptar las manifestaciones de protesta social.

1.3. Criminalización Protesta Social

1.3.1. Noción de protesta social y de su criminalización

Si partimos de la idea de que el reconocimiento de los derechos humanos ha sido el fruto de largas luchas populares en diferentes contextos históricos y sociopolíticos a través de movimientos y organizaciones sociales; y, que estos logros han sido el resultado de revoluciones y luchas armadas, pero también a través de numerosos métodos de protesta que han permitido visibilizar las condiciones de opresión, injusticia, marginación y discriminación en que vive una parte importante de la sociedad. En este sentido, la protesta social es una de las formas de garantía de los derechos, es decir es un instrumento de defensa o tutela de los derechos que depende directamente de sus titulares, quienes emplean vías directas de acción para reclamar o defender un derecho.²³

Por otro lado, la movilización o la protesta social, puede ser entendida como uno de los *mecanismos o medios para la invocación de la resistencia colectiva* a los que recurren con mayor frecuencia los movimientos sociales sean indígenas, estudiantiles, trabajadores, de defensoras o defensores de los derechos humanos y la naturaleza, para incidir ante las autoridades públicas, al propio gobierno e inclusive ante organismos internacionales.²⁴ En este sentido, los términos movilización social o protesta social

²³ Pfr. Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 123.

²⁴ Pfr. Rodrigo Trujillo y Mélida Pumalpa, *Criminalización de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador*, serie investigación # 22, Quito, INREDH, 2011, pp.55-56.

podrían ser utilizados como sinónimos para referirse a la acción de los “movimientos sociales”, los que a criterio de Boaventura de Sousa Santos por ser muy diversos resulta imposible reconducirla a un concepto o una teoría única.²⁵

Por su parte, Gargarella, se refiere a una protesta social vista desde una perspectiva constitucional, puesto que la misma constituye una de las expresiones para ejercer el derecho a la resistencia; siendo entendida como una demanda concreta de la ciudadanía cuando la marginalización social (desindustrialización, la ruptura de la sociedad salarial, la desindustrialización, sumada al desmantelamiento del Estado Social) constituye un proceso de desafiliación que se materializa en una pérdida de derechos.

Bajo esta idea, la protesta social puede ser percibida, antes que nada, como el derecho a tener derechos, la posibilidad de volverse ciudadanos otra vez; en otras palabras, el derecho a protestar aparece como el “primer derecho”, un derecho especial que permite exigir la recuperación de los demás derechos. Resaltando que en el núcleo esencial de los derechos de la democracia se ubicaría el derecho a criticar al poder público y privado; pues no hay democracia sin protesta.²⁶

Zaffaroni para justificar la existencia de la protesta esgrime un criterio sólido relacionado con el modelo de estado de derecho, pues manifiesta que en la realidad histórica como en la presente, los estados de derecho no son perfectos porque nunca alcanzan el nivel de modelo ideal que los orienta, de modo que ni el Estado ni los ciudadanos logran ver realizada la aspiración a que todos sus reclamos sean canalizados por vías institucionales.

²⁵ Véase Boaventura de Sousa Santos, “Los movimientos sociales”, en: *Revista del Observatorio Social de América Latina*, Año V N° 5, septiembre 2001, 14.9.11, en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal5/debates.pdf>, último acceso: 23 de diciembre de 2013.

²⁶ Pfr. Roberto Gargarella; *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005, p. 19.

Así, los ciudadanos elegirían también estas vías no institucionales con el objeto de habilitar y exigir un adecuado funcionamiento institucional.²⁷

Un argumento lo suficientemente fuerte para garantizar el derecho a la protesta, encontraría sustento en el hecho de que el campo de reconocimiento de este derecho no se limita al existente en las constituciones nacionales, pues su presencia la encontramos también en los instrumentos internacionales de derechos humanos; en especial porque resulta innegable que este derecho se encuentra implícito en la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión configurados en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en la libertad de opinión y de expresión previsto en su artículo 19; y en la libertad de reunión y asociación pacífica establecido en el artículo 20 del mismo cuerpo legal.²⁸

El derecho a reunirse y a expresar opiniones a favor o en contra del gobierno está expresamente reconocido también en el artículo 21 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, como parte fundamental de los derechos a la libertad de expresión y reunión, el derecho a la protesta pacífica está protegido por normas del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en particular en los artículos 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 15 (derecho de reunión) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁹

Estos dispositivos obligan a todos sus estados miembros a respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos, es decir, los ciudadanos no solo pueden reservarlos en su fuero interno, sino a expresar públicamente sus disensos y

²⁷ Pfr. Eugenio Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal/Ramiro Ávila Santamaría*, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, Quito, Corporación Editorial Nacional, 2012, pp.14-15.

²⁸ Pfr. Rodrigo Trujillo y Mélida Pumalpa, op. cit., p.57.

²⁹ *Ibíd.*, p 25.

reclamos, suprimiendo la idea errada de que la libertad de expresión solo es reconocida para manifestar complacencia.³⁰ Pues, como afirma Ramiro Ávila: “El derecho a la resistencia y a la libertad de expresión que se manifiestan en la protesta pública es fundamental para la consolidación de un estado que promueve la democracia participativa y comunitaria”.³¹

En esta línea y tomando en cuenta los elementos antes expuestos, la protesta social podría ser entendida como el *mecanismo o medio* que emplean los individuos o movimientos sociales, y los defensoras de los derechos humanos y la naturaleza con el *fin* -resistencia- de expresar públicamente su desacuerdo y reclamo a una decisión de autoridad que vulnera o puede vulnerar sus derechos consagrados y garantizados en la constitución. Asimismo, se observaría que la invocación del derecho a la resistencia colectiva encontraría no solo una protección constitucional sino internacional, pues éste tendría conexidad con los derechos a la libertad de expresión, reunión, asociación y manifestación, derechos que se encuentra protegidos en instrumentos internacionales, tales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

No obstante, pese al reconocimiento en materia constitucional e internacional, no resulta raro observar que en la actualidad frente a cada proceso de protesta social, el Estado ecuatoriano y otros Estados de América Latina han empleado con frecuencia una serie de mecanismos para detener, reprimir, repeler o contener el ejercicio del derecho a la resistencia colectiva, entre otros, a través de la criminalización de las protestas sociales, sea indígena, estudiantil, de defensores y defensoras de derechos humanos y la naturaleza, etc.

³⁰ Pfr. Eugenio Zaffaroni, op.cit., p.18.

³¹ Ramiro Ávila, “Presentación”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal*/Ramiro Ávila Santamaría, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, Quito, Corporación Editorial Nacional, 2012, p.8.

En este contexto, Zaffaroni ha llamado “derecho a la protesta social al que se ejercería como modalidad de *reclamo*, y al fenómeno de su represión *criminalización de la protesta social*.”³² (la cursiva es nuestra) A criterio de Daniela Salazar “existe criminalización de la protesta cuando contra los ciudadanos que utilizan la manifestación pacífica para expresar sus opiniones se han iniciado procesos penales y se les ha impuesto penas que privan su libertad.”³³ Para Roberto Gargarella, “se criminaliza la protesta cuando se traslada a la esfera jurídica los conflictos sociales que expresan el descontento de los actores sociales con el proceder del Estado.”³⁴

Así mismo, en palabras del padre Marco Arana:

[La] criminalización de las protestas sociales tiene que ver con un claro objetivo de descabezar los movimientos sociales de resistencia y detener cualquier propuesta de cambio, para dejar el camino libre o disminuir los obstáculos para el avance de las industrias extractivas y la consolidación política de aquellos grupos de poder que están aliados a los intereses transnacionales. Así el objetivo de la criminalización de las protestas es que quien defiende la justicia, la tierra, el agua, los derechos humanos, sea considerado un criminal y por tanto puede perder su libertad, es decir se invierte el sentido de la justicia y lo legal, es así que lo legal no coincide con lo justo. Entonces la lucha contra la criminalización de la protesta es la lucha por la justicia.³⁵

Lo anotado nos permitiría pensar entonces que la criminalización de la protesta social se identificaría con la idea de que ante las manifestaciones de disenso, desacuerdo o reclamo

³² Eugenio Zaffaroni, op. cit., p. 14.

³³ Daniela Salazar, “El derecho a la Protesta social en el Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? - Derecho Penal y Libertad de Expresión en América Latina/ compilado por Eduardo Andrés Bertoni*, Primera Edición, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2010, p. 102.

³⁴ Roberto Gargarella, op. cit., p. 21.

³⁵ Padre Marco Arana, “Ponencia para el Encuentro Latinoamericano Defensores/as de la Naturaleza Frente a la Criminalización de la Protesta”, conferencia dictada en Quito, pronunciada el 2 de Julio del 2009, Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos, disponible en: http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=258%3Amemoria&Itemid=144 último acceso: 4 de enero de 2014.

a una nueva ley, política o decisión de gobierno que puede afectar los derechos de los ciudadanos o grupos sociales, el Estado podría estar usando diferentes medios desde una óptica del ámbito judicial o exclusivamente penal, con el propósito político de amedrentar e intimidar a sus participantes; y, de esta forma evitar que las mismas se repitan.

1.3.2. La protesta social en el marco constitucional ecuatoriano

En el Ecuador pese a la amnistía otorgada por la Asamblea Constituyente en el 2008 a todas las personas que habían sido judicializadas por participar en diferentes movilizaciones³⁶, la penalización de la protesta continuaría como un fenómeno latente, así podemos encontrar varios ejemplos en los que resultaría evidente que la política y la justicia en lugar de mantenerse en sus respectivos ámbitos, han invadido terrenos ajenos, experimentando una problemática compleja en materia de seguridad jurídica integral.

En este escenario encontraríamos a varios dirigentes sociales y pobladores de las comunidades campesinas e indígenas, ecologistas, estudiantes, que recurriendo a vías no institucionalizadas de participación como las movilizaciones sociales³⁷ buscan defenderse y resistir a una política extractivista, así como también a la aprobación de nuevas leyes como por ejemplo a la Ley de Minería y de Recursos Hídricos, pues consideran que éstas

³⁶ La Asamblea Constituyente de 2008 otorgó amnistía general para todas las personas detenidas, indiciadas o bajo investigación o por investigarse, vinculadas a las acciones de resistencia y de protesta que ciudadanos y ciudadanas han llevado adelante en defensa de sus comunidades y de la naturaleza, frente a proyectos de explotación de los recursos naturales, y que por ello han sido enjuiciados penalmente por delitos comunes tipificados en el Código Penal. Asamblea Constituyente. Anmístia No.4: Derechos Humanos Criminalizados, 14 de marzo de 2008, disponible en:

[//constituyenteresolucion.asambleanacional.gov.ec/documentos/resolución_anmístia_derecho_humanos_criminalizados.pdf](http://constituyenteresolucion.asambleanacional.gov.ec/documentos/resolución_anmístia_derecho_humanos_criminalizados.pdf)

³⁷ Para Zaffaroni “La protesta social, como forma de reclamo, como una vía no institucional es un derecho constitucional. Es un derecho constitucional que no está reconocido con ese nombre, pero que está implícitamente reconocido en la libertad de pensamiento, en la libertad de conciencia, en la libertad de expresión, en la libertad de reunión, en la libertad de religión, en la libertad de opinión y libertad de asociación. Todas estas libertades no están garantizadas para mostrar complacencia únicamente, por supuesto que se puede expresar disidencia y para eso se las garantiza, sino de lo contrario no tendría ningún sentido”, en Debate Zaffaroni - Pitrola, *La criminalización de la protesta social*, <http://po.org.ar/pdf/PitrolaZaffaronidebate.pdf>. Acceso: 14 de enero de 2013.

resultarían una amenaza a un ambiente sano, a sus derechos y a los derechos de la naturaleza.

En este sentido, la criminalización en el contexto de las protestas sociales en Ecuador se podría caracterizar principalmente por el uso de arrestos arbitrarios y por un sistemático hostigamiento judicial a los líderes, con la intención deliberada de limitar los derechos a la libertad de expresión, asociación y asamblea. Las acusaciones frecuentes a las que se enfrentarían los dirigentes se basan en la mayoría de los casos en tres artículos del Código Orgánico Integral Penal, el artículo 345³⁸ que tipifica el sabotaje, el artículo 366³⁹ que habla sobre el delito de terrorismo y el artículo 283⁴⁰ que trata del delito de ataque o resistencia. En el Código Penal anterior estos tipos se encontraban tipificados en los artículos 158 (sabotaje), 160 (terrorismo) y 218 (rebelión); delitos que desde el contexto histórico y social de la dictadura militar de 1963 constaban tipificados, pese a no responder a la realidad del país.

³⁸ El artículo 345 del Código Orgánico Integral Penal: “**Sabotaje.**-La persona que con el fin de trastornar el entorno económico del país o el orden público, destruya instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro medio de transporte, bienes esenciales para la prestación de servicios públicos o privados, depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas destinadas a producción o al consumo nacional, vías u obras destinadas a la comunicación o interrumpa u obstaculice la labor de los equipos de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La pena será privativa de libertad de siete a diez años si se destruye infraestructura de los sectores estratégicos.” (la negrilla es nuestra)

³⁹ El artículo 366 del Código Orgánico Integral Penal: “**Terrorismo.**-La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años. [...]” (la negrilla es nuestra)

⁴⁰ El artículo 283 del Código Orgánico Integral Penal: “**Ataque o resistencia.**- La persona que ataque o se resista con violencias o amenazas a los empleados públicos, a los depositarios o agentes de la fuerza pública, a los comisionados para la percepción de los impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los decretos y fallos judiciales, a los guardas de las aduanas y oficinas de recaudación y a los agentes de policía, cuando obran en ejecución de las leyes, o de las órdenes o reglamentos de la autoridad pública, serán sancionadas con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Si la conducta prevista en el inciso anterior ha sido cometida por muchas personas y a consecuencia de un concierto previo, serán sancionadas con pena privativa de libertad de uno a tres años. En los casos de los incisos anteriores, si las personas, además, están armadas, serán sancionadas con pena privativa de libertad de tres a cinco años. La persona que incite a la Fuerza Pública a ejecutar las conductas anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad establecida para cada caso incrementada en un tercio. Si como consecuencia de la incitativa resulta un conflicto en el cual se producen lesiones, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años y si se produce la muerte, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.” (la negrilla es nuestra)

Se podría advertir, sin embargo que la limitada jurisprudencia existente en el país sobre el tema permitiría observar que la mayoría de procesos penales iniciados contra quienes ejercen su derecho a movilizarse, se quedan estancados en las etapas iniciales de investigación en la fiscalía o en otros casos de conformidad con las pruebas procesales existentes en los diferentes juicios, las sentencias son motivadas en delitos menores relacionados con la obstrucción de vías públicas o con los de paralización de servicios públicos.⁴¹

Así mismo, los fundamentos de los administradores de justicia para acusar a los dirigentes detenidos resultarían bastante limitados y demostrarían que los fiscales y jueces al sostener que en estos casos existe una violación a la ley simplemente han buscado enmarcar determinado acto de protesta en un tipo penal y no considerarían los componentes políticos que giran alrededor de las diferentes acusaciones, así como también pueden haber dejado de lado un razonamiento que involucre una visión comunitaria y a una noción deliberativa de democracia, pues a criterio de varios doctrinarios ésta permitiría entender que los actos de manifestación resultarían plenamente justificados cuando en una sociedad democrática no es posible participar en un “proceso de discusión colectiva que busca que todos y especialmente aquellos que resultarían más afectados por las decisiones que se toman formen parte de la misma.”⁴²

Por otro lado, al ser los cortes de ruta uno de los mecanismos de protesta más eficaces por los manifestantes de varios países, no deberían ser entendidos en forma superficial como lo han hecho varias cortes de América Latina en sus fallos; pues a decir de Daniela Salazar, que en el Ecuador la forma más tradicional de llevar a cabo las manifestaciones

⁴¹ Pfr. Daniela Salazar Marín, op. cit, p. 103

⁴² Pfr. Roberto Gargarella, “El derecho frente a la protesta social”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal/Ramiro Ávila Santamaría*, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, Quito, Corporación Editorial Nacional, 2012, p.34

sociales es a través del bloqueo de calles y autopistas, ciertamente los cortes de ruta causan molestias en otros ciudadanos y pueden llegar a comprometer algunos de sus derechos. Pero también debe reconocerse que si todas las protestas se llevarán a cabo en lugares alejados donde no exista movimiento de personas, carecerían de impacto alguno al momento de llamar la atención de las autoridades respecto de los temas objeto de la protesta.⁴³

Este criterio, se fortalecería justamente porque la Constitución actual reconoce los derechos a resistir, expresarse, reunirse, y manifestarse libremente, en concordancia con el criterio esgrimido por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, que ha considerado que “las huelgas, los cortes de ruta, el copamiento del espacio público e incluso los disturbios que se puedan presentar en las protestas sociales pueden generar molestias o incluso daños que es necesario prevenir y reparar. Sin embargo, *los límites desproporcionados de la protesta, en particular cuando se trata de grupos que no tienen otra forma de expresarse públicamente, comprometen seriamente el derecho a la libertad de expresión*”.⁴⁴ (la cursiva es nuestra)

En esta línea de análisis y considerando los conceptos expuestos sobre criminalización de la protesta, es importante observar que en el Ecuador desde la función judicial se podría estar utilizando el derecho penal para criminalizar ciertos actos de protesta social, y que los comentarios del Ejecutivo a través de los “enlaces ciudadanos” podrían tener como efecto desprestigiar y atemorizar a todos quienes por tener una visión crítica respecto a las políticas del régimen estarían siendo considerados “enemigos” de su

⁴³ Pfr. Daniela Salazar Marín, op. cit., p. 107

⁴⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. La agenda de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: problemas persistentes y desafíos emergentes.

gobierno.⁴⁵ Como ejemplos podríamos citar lo manifestado por el ejecutivo el 15 de mayo de 2012 en el enlace ciudadano número 172, según diario El Comercio:

Durante su enlace ciudadano, realizado en Sígsig (Azuay), Correa arremete contra la dirigencia indígena: “Lo que hacen no es resistencia. Es agresión. Debemos rechazar este tipo de manifestaciones anticonstitucionales. Como terrorismo y sabotaje se puede llamar a lo que hacen los indígenas”. Dice que los grupos que realizaron protestas durante la semana “violaron la Constitución”, pues agredieron a la Policía y al pueblo, y asegura que la dirigencia manipula y presiona a las bases: “Tienen que amenazarlos con multas a ver si salen unos cuantos comuneros a cerrar vías. El pueblo indígena está con el gobierno. Lo que no lograron en las urnas quieren lograrlo con cierres de vías.”⁴⁶

Podría decirse así mismo, que esta comprensión sobre unos límites débiles del derecho a la protesta, se observaría en lo expresado públicamente por Alexis Mera, Secretario Nacional Jurídica de la Presidencia, quien respecto a las formas de protesta social en el país considera que “la movilización está permitida, lo que no podemos aceptar y debe ser sancionado es el cierre de vías o atentar contra los bienes públicos y el secuestro de personas.”⁴⁷

La comprensión del gobierno en el marco de una posible criminalización de la protesta social, se podría visibilizar también con la aprobación del nuevo Código Orgánico Integral Penal, pues en él se han tipificado como “delitos contra la seguridad pública” a varias formas tradicionales asociadas con la lucha social, con penas fuertes. Lo que llevaría

⁴⁵ Pfr. Defensoría del Pueblo de Ecuador, “Informe Temático Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: Desafíos para un estado constitucional”, p. 4, en http://www.inredh.org/archivos/pdf/escenarios_criminalizacion_defensoresydefensoras.pdf, último acceso: 02 de enero de 2012

⁴⁶ El Comercio, *Los Campesinos Alistan Otras Marchas*, disponible en: <http://elcomercio.com/2010-05/08/Noticias-Secundarias/EC100508p5SEGUIMIENTOINDIO.aspx>, Acceso: 10 de enero de 2013.

⁴⁷ *Ibíd.*

a pensar a criterio de Ramiro Ávila que esta nueva normativa penal por ser abierta y ambigua tendría la finalidad de dotar a los jueces y fiscales de elementos de derecho lo suficientemente sólidos para los procesos judiciales que se puedan iniciar contra los participantes de las protestas sociales, así como también repeler a todos los ciudadanos que busquen expresar su inconformidad ante la autoridad a través de la protesta pública.⁴⁸

Lo manifestado, arrojaría algunas evidencias respecto de que desde el gobierno el derecho constitucional a la resistencia colectiva no estaría siendo concebido adecuadamente, al menos de conformidad con los lineamientos garantistas de la Constitución de la República del Ecuador y lo que resultaría más grave, sin un razonamiento legalmente fundamentado, se estaría incitando al sistema judicial a la aplicación de estos graves tipos penales a todos los que resulten detenidos en el marco de la protesta social. Este proceder del gobierno se podría enmarcar también en lo que se conoce como *criminalización secundaria*, que se diferencia de la criminalización primaria porque la secundaria está condicionada por el poder, es decir, quien ejerce el poder cataloga bajo ciertos estereotipos y circunstancias coyunturales, a las personas que deberán ser objeto de criminalización. De este modo se colocaría en la opinión pública una imagen de la persona delincuente con elementos clasistas, políticos, racistas, etc.⁴⁹

En este escenario, resulta imperioso señalar que el problema central lo encontraríamos en que el constituyente no estableció de manera clara y expresa en la Norma Suprema los límites democráticos que deberían ser observados frente a los diferentes actos ejecutados invocando el derecho a la resistencia colectiva.

⁴⁸ Pfr. Ramiro Ávila, “De disidentes a delincuentes”, entrevista de 17 de febrero de 2014 <http://www.planv.com.ec/historias/politica/disidentes-delincuentes/pagina/0/3>.

⁴⁹ Pfr. Defensoría del Pueblo de Ecuador, “Informe Temático Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: Desafíos para un estado constitucional”, p. 5, en: http://www.inredh.org/archivos/pdf/escenarios_criminalizacion_defensoresydefensoras.pdf, último acceso: 02 de enero de 2012.

Por otro lado, se podría pensar que existiría un conflicto de derechos constitucionales, pues desde una visión del gobierno ecuatoriano los actos ejecutados invocando el derecho a la resistencia colectiva expresados en la protesta social, resultarían sancionados si se los entiende como actos que *rompen el orden* y que por tanto vulneran el derecho de terceros ajenos a la protesta⁵⁰, pasando a ser entendidos como un delito.

Al respecto, Carol Murillo destaca lo expresado en su momento por Gustavo Jalkh, en su calidad de Ministro del Interior:

El derecho a la protesta está garantizado. Hay que distinguir entre protesta y cometimiento de delitos, conceptos distintos: lo uno es un derecho, los otros son actos antijurídicos que afectan derechos individuales y/o colectivos. Se debe evitar la impunidad de actos delictivos y evitar confundir protesta con destrucción de bienes públicos o privados, o con afectación de derechos como la libre circulación por vías y carreteras.⁵¹

El considerar que podrían ser sancionados los actos de protesta social que *quebrantan el orden*, por ser entendidos como delitos, nos llevaría a entender que serían varios los argumentos alegados por el gobierno para esta actuación. De manera detallada se podría mencionar que el primero estaría relacionado con los mecanismos que son utilizados por quienes participan en las protestas sociales, pues a criterio del ejecutivo y de quienes administran justicia el empleo de *medios violentos* como bombas panfletarias, piedra, palos, la quema de neumáticos con el objeto de bloquear las carreteras y las agresiones contra vehículos, personas o miembros del orden público que buscan desbloquear las vías,

⁵⁰ Pfr. Roberto Gargarella, “Entre el derecho y la protesta social”, en Ecuador Debate: *revista especializada en ciencias sociales*, No. 83, Quito, Ecuador Debate. Centro Andino de Acción Popular, Consejo Editorial, 2011, p. 75.

⁵¹ Carol Murillo, *Vamos a portarnos mal, Protesta social y libertad de expresión en América Latina*, Centro de Competencia en Comunicación para América Latina Friedrich Ebert Stiftung, Bogotá, 2011, p.184.

constituirían actos antijurídicos a los que les serían aplicables normas del Código Orgánico Integral Penal, sin ninguna otra consideración.

Un segundo argumento podría estar vinculado con el *derecho al libre tránsito*, pues se consideraría que si bien quienes forman parte de las protestas tienen derecho a criticar al régimen, el resto de los miembros de la sociedad no solo tiene derecho al libre tránsito que los manifestantes interrumpen, sino también otros derechos fundamentales como por ejemplo: el derecho al trabajo, el derecho a acceder a un transporte público o el derecho a la salud que los participantes en las protestas podrían afectar como consecuencia de los medios que escogen para expresar sus opiniones.⁵²

Siguiendo esta posición, se podría considerar la idea de que el derecho a la resistencia colectiva al igual que otros derechos asociados a él como la libertad de expresión, no son derechos absolutos y por lo tanto su ejercicio debería estar dentro del marco legal para evitar que derechos de terceros ajenos a la protesta se vean trastocados. Esta idea nos podría llevar directamente a una máxima que ha sido invocada por quienes han criticado la protesta social y es que “*los derechos de los manifestantes terminan donde empiezan los derechos de las demás personas*”⁵³; planteamiento que nos obligaría a insistir respecto de ¿dónde están los límites a los actos ejecutados invocando el derecho a la resistencia colectiva?

Por la importancia que demanda este criterio en el consenso social, resulta necesario referirnos a un razonamiento que desvirtuaría esta aseveración, pues a decir de Gargarella la máxima antes mencionada “es una consigna ridícula, es una frase que no dice nada. Es más, alguien que quiera defender la protesta podría decir lo mismo: coincido sus derechos

⁵² Roberto Gargarella, “Entre el derecho y la protesta social”, en Ecuador Debate: *revista especializada en ciencias sociales*, No. 83, Quito, Ecuador Debate. Centro Andino de Acción Popular, Consejo Editorial, 2011, p. 78.

⁵³ Esteban Rodríguez, “No hay democracia sin protesta. Las razones de la queja”, entrevista a Roberto Gargarella, en [www.ciaj.com.ar/images/pdf/No hay derecho, sin protesta](http://www.ciaj.com.ar/images/pdf/No_hay_derecho_sin_protesta.pdf). Entrevista a Roberto Gargarella.pdf, último acceso: 01 de enero de 2013.

terminan donde comienzan los míos, entonces porque usted no respeta mis derechos sociales [...]. Sin embargo, lo notable es que muchos jueces, inclusive en la más altas instancias de la magistratura, se apoyan en ella para dar por terminada la discusión que apenas la han comenzado.”⁵⁴

En el escenario de deslegitimación y confrontación de estas acciones de protesta en defensa de derechos constitucionales, no se podría dejar de lado el pensamiento que el gobierno tiene de los líderes de las organizaciones sociales, pues en sus declaraciones ha expresado también que las movilizaciones de ciertos sectores indígenas son manipuladas, pues los dirigentes mienten a sus bases respecto de la aprobación de determinada ley o decisión de gobierno, así como también que el movimiento indígena protesta simplemente porque busca un protagonismo social y por un interés político; planteamientos que harían inadmisibles estas manifestaciones para la sociedad ecuatoriana y para el Estado⁵⁵. Y sin embargo de ello es necesario considerar en cada caso una ponderación de los derechos en juego.

1.4. Derecho a la Resistencia

1.4.1. El derecho a la resistencia en la perspectiva histórica desde el Constitucionalismo Contemporáneo.

Roberto Gargarella, señala que “Una de las notas más sobresalientes del constitucionalismo contemporáneo tiene que ver con la falta de discusión en torno al derecho de la resistencia, que durante más de cuatro siglos fue considerado uno de los

⁵⁴ Ibíd.

⁵⁵ Pfr. Defensoría del Pueblo de Ecuador, Informe Temático, op. cit.

derechos centrales del derecho”.⁵⁶ No obstante, la idea de resistir a la autoridad de gobierno ha sido objeto principal de estudio para todos aquellos interesados en los aspectos teóricos vinculados con la Constitución desde la Edad Media.⁵⁷

Tales reflexiones sobre la resistencia tomaron especial relevancia durante el período de la Reforma, las sucesivas confrontaciones entre los católicos romanos y los protestantes reformistas y, sobre todo la preocupante posibilidad de que los deberes religiosos aparecieran en tensión con los deberes de obediencia al poder político. Procurando ser consistentes en sus razonamientos, muchos de estos autores formados en el más rígido conservatismo, se sintieron obligados a cuestionar premisas que formaban parte de sus propias convicciones personales.

En este sentido resultaba urgente reflexionar sobre las enseñanzas influyentes de San Pablo sobre el deber incondicional de obediencia a la autoridad⁵⁸, la idea de San Agustín conforme a la cual los gobernantes debían ser respetados como representantes de Dios y, particularmente, las afirmaciones de sectores importantes del Luteranismo para quienes la autoridad absoluta de los monarcas se justificaba en razón de la incapacidad de las personas para reconocer adecuadamente los mandamientos provenientes de Dios.

Así la idea de resistencia a la autoridad creció hasta llegar a jugar un papel fundamental dentro del constitucionalismo.⁵⁹

Hacia finales del siglo XVIII y de la mano de Locke la resistencia a la autoridad apareció como una de las ideas que distinguió los orígenes del constitucionalismo, pues se

⁵⁶ Roberto Gargarella, “El Derecho a la Resistencia en situaciones de carencia extrema”, en *Astrolabio: Revista Internacional de Filosofía*, No. 4, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2007, p. 4.

⁵⁷ *Ibíd.*, p.13.

⁵⁸ Según escribiera San Pablo, el poder político debía ser siempre obedecido, dado que provenía de Dios, por lo que “cualquier resistencia al poder resultar una resistencia a las órdenes de Dios, por lo que aquellos que resisten deben recibir un castigo eterno”

⁵⁹ Pfr. Roberto Gargarella, *El Derecho a resistir el Derecho: El Derecho de Resistencia en Situaciones de Carencia Extrema*, Buenos Aires, Niño y Dávila Editores, 2005, pp. 16-19.

afirmaba que legítimamente el pueblo podía resistir y hasta deponer al gobierno de turno cuando éste no respete sus derechos básicos. Así en palabras de Albert Noguera en torno al derecho a la resistencia existirían dos fases, la primera sería la de “iusnaturalización” y “formalización declarativa” del derecho, diferente de la segunda fase de “constitucionalización” de la resistencia, momento en el que éste aparecería empotrado en el derecho positivo.⁶⁰

Esta idea fue retomada e incorporada luego de las dos grandes revoluciones, la norteamericana y la francesa. Primeramente fueron retomados por Thomas Jefferson e incorporados en la “Declaración de la Independencia” norteamericana escrita en 1776, que manifiesta:

Que todos los hombres son creados iguales; que ellos son dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables; que entre ellos se encuentran el derecho a la vida, la libertad, y la persecución de la felicidad; que los gobiernos son establecidos entre los hombres con el objeto de asegurar tales derechos, y que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que cuando sea que una forma de gobierno deviene en destructiva de aquellos fines, el pueblo tiene el derecho de alternarlo o abolirlo, para instituir uno nuevo, fundando sus principios y organizando sus poderes en tal forma que sea la más conducente para su seguridad y felicidad.

La “Declaración de los Derechos del Hombre” aprobado por la Asamblea de Francia el 26 de agosto de 1789, proclamó también la existencia de “derechos naturales, imprescriptibles e inalienables”, en su artículo 1 afirmó la libertad e igualdad básica de cada

⁶⁰ Albert Noguera, “El derecho a la Resistencia en la Constitución de Ecuador de 2008: ¿Es posible compatibilizar derecho positivo y resistencia”, Universitat Rovira i Virgili en: <http://www.iucnael2014.cat/wp-content/uploads/2014/07/AlbertNoguera-abstract.pdf>, último acceso: 08 de septiembre de 2014.

persona; y sostuvo también en el artículo 2, que el objeto principal de toda asociación política era el preservar los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, que son los derechos a la “libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión.”

Los principios mencionados tuvieron influencia en las nuevas Constituciones nacidas al calor de las dos revoluciones en Latinoamérica; así podemos mencionar la Constitución de la Banda Oriental⁶¹ de 1813, que legitimó el derecho de resistencia en caso de que el gobierno fuera incapaz de asegurar el bienestar general y los derechos fundamentales, y libertad de sus miembros y en el derecho natural. Del mismo modo se podría citar a la Constitución de Apatzingán, aprobada en México en 1814, que en su artículo 4 establece que la resistencia es un “innegable derecho” popular de “establecer, alterar, modificar y abolir totalmente al gobierno, cuando quiera que ello sea necesario para su felicidad.”

Siguiendo ésta línea, se puede manifestar que luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, se ha observado un resurgimiento del derecho a la resistencia en varias Constituciones entre las que podemos citar a la alemana, que en 1968 a través de una Ley de revisión constitucional ha incorporado en la Ley Fundamental Federal este derecho, específicamente en su artículo 20 numeral 4 que expresa: “contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso”. La Constitución Portuguesa de 1976, en su artículo 21 reconoce el derecho a resistir a cualquier orden de autoridad cuando afecten las libertades y garantías reconocidas en la Constitución. En la Constitución Griega de 1975, en su último artículo 120 inciso 4, reconoce que: “Los griegos tendrán el derecho y el deber de resistir por todos los medios a toda persona que intente la abolición de aquella por la fuerza.” Así mismo, la

⁶¹ La Banda Oriental fue un territorio ubicado al este del río Uruguay (Uruguay) y al norte del Río de la Plata (Argentina), sobre la costa atlántica de Sudamérica. Abarcaba una zona que se corresponde en forma aproximada con la actual República Oriental del Uruguay y el actual estado brasileño de Río Grande del Sur.

Constitución de Lituania de 1992, que en su artículo 3 considera que: “El pueblo y cada ciudadano tiene el derecho a oponerse a cualquier atentado por la fuerza a la independencia, a la integridad del territorio o al orden constitucional del Estado de Lituania.”

En Latinoamérica varias Constituciones prevén expresamente el derecho a la resistencia de distintas maneras, entre ellas podemos mencionar a la Constitución de El Salvador de 1983, que en su artículo 87 reconoce “el derecho del pueblo a la insurrección, para el solo objeto de establecer el orden constitucional alterado por la transgresión de las normas relativas a la forma de gobierno o por las violaciones a los derechos consagrados en la constitución”. En la Constitución de Perú (1993), el artículo 46, pese a que no utiliza el término resistencia, existe la figura del derecho a la insurgencia “Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional. Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas.”.

En la Constitución de Argentina de 1994, su artículo 36 dice que todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza, enunciados en este artículo. El artículo 333 de la Constitución de Venezuela prevé por su lado el derecho de resistencia a la “tiranía”, cuando garantiza la prevalencia de la vigencia de esta Constitución, si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por un medio inconstitucional, lo cual consagra el cabal cumplimiento de la Constitución. En el caso ecuatoriano la Asamblea Constituyente de 2008 consagró directamente el derecho a la resistencia en el artículo 98 de la Constitución de Montecristi.

Por lo tanto, de las constituciones en mención se podría desprender que pese a que el derecho a la resistencia viene de una tradición “iusnaturalista”, se ha insertado en ordenamientos predominantemente positivistas como un mecanismo para la protección y

garantía de los derechos consagrados en la Constitución. Sin embargo, la ausencia de consagración de este derecho en las diferentes constituciones latinoamericanas de ninguna manera impediría que la resistencia sea ejercida como un derecho intrínseco a los miembros de una sociedad.⁶²

1.4.2. Elementos para articular una noción de Derecho a la resistencia.

Las diferentes connotaciones constitucionales existentes en relación a este derecho, nos permitirían entender que la resistencia es un concepto amplio que en determinadas ocasiones puede confundirse con otras formas (insurrección, objeción de conciencia y la desobediencia civil) y que logra abarcar a éstas. Por ello, resulta necesario en este capítulo examinar ciertos elementos que sean característicos entre los actos de resistencia colectiva, objeción de conciencia y desobediencia civil, con el objeto poder identificar las diferencias y semejanzas existentes entre todos estos actos.

1.4.2.1. Desobediencia Civil

El primer referente de la utilización del término desobediencia civil se atribuye a Henry David Thoreau, en 1846, cuando se negó a pagar impuestos en Estados Unidos, como una medida de oposición a la esclavitud y la Guerra de México, pero esta noción se generalizaría en 1913 con Mahatma Gandhi; Martin Luther King lo haría por la lucha de los derechos civiles de los negros; estos actos hacen alusión a la desobediencia civil como una medida no violenta para reivindicar derechos y cuestionar las políticas y normativas aplicadas por los Estados.⁶³

⁶² Pfr. Rodrigo Trujillo y Mélida Pumalpa, op. cit., p. 58.

⁶³ Pfr. Julieta Marcone, “Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas”, en Andamios: *Revista de Investigación Social*, Vol. 5, Núm. 10, México, Universidad Autónoma de la Ciudad de México,

Hugo Bedau, considera que “alguien comete un acto de desobediencia civil, si y sólo si, sus actos son ilegales, públicos, no violentos, conscientes, realizados con la intención de frustrar leyes -al menos una-, programas o decisiones de gobiernos.”⁶⁴ Esta definición clásica sería reforzada por Rawls y Habermas. Para el primero la desobediencia civil debe ser entendida como “un acto público, no violento y hecho en conciencia, contrario a la ley y habitualmente utilizado con la intención de producir un cambio en las políticas o en las leyes de gobierno”⁶⁵.

En esta línea, podría resultar claro que el desobediente no está en contra del derecho sino en contra de su mal uso y que por lo tanto debería ser entendida como una medida de autorregulación del sistema político y de su institucionalidad jurídica, pues “el desobediente no busca derrocar el sistema sino corregirlo”.⁶⁶

Para Habermas la desobediencia civil “implica una violación simbólica de la norma como medio último de apelación a la mayoría para que esta, cuando se trata de una cuestión de principio, tenga a bien reflexionar una vez más sobre sus decisiones y a ser posible revisarlas.”⁶⁷

En este contexto para Ronald Dworkin, quienes se involucran en actos de desobediencia civil “aceptan la legitimidad fundamental tanto del gobierno como de la comunidad; y actúan para complementar más que para desafiar su deber como ciudadanos”.⁶⁸

2009, p. 40.

⁶⁴ Hugo Bedau, *On Civil Disobedience*, Journal of Philosophy, vol. 58, New York, 1961, p.661.

⁶⁵ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard U.P., 1999, p. 320.

⁶⁶ José Zalaquett, “La Desobediencia Civil en Jhon Rawls y la ética de medidas de excepción y de medidas extremas”, en *Centro de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2005, p. 5, en: http://www.cdh.uchile.cl/articulos/Zalaquett/Rawls_desob_JZD_1_.pdf. Acceso: 12 de febrero de 2014.

⁶⁷ Rafael Aguilera, “La Constitución y la desobediencia civil como proceso en la defensa de los derechos fundamentales”, en: *Andamios: Revista de Investigación Social*, Vol. 5, Núm. 10, México, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, 2009, p. 105.

⁶⁸ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 105.

Lo anterior nos permitiría inferir que la desobediencia civil, implica a todos aquellos actos no violentos de las personas que son contrarios a la ley, es decir se caracterizaría por el no empleo de las armas pues busca el cambio de una ley o de una política de gobierno que es considerada injusta, pero sin cuestionar la obediencia al ordenamiento jurídico existente, pues el desobediente conoce y acepta las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

De esta manera, los elementos de desobediencia civil anotados en líneas anteriores, nos permitirían considerar que entre los actos de resistencia colectiva y los de desobediencia civil se podrían observar ciertas características semejantes. Así, en primer lugar, ambos tipos de acciones registran un carácter público; en segundo lugar la participación de los actores en ambos casos puede ser colectiva; también incluyen en su núcleo comportamientos que pueden ser considerados contrarios al derecho positivo; y porque en ambos casos se confrontan directamente con algunas normas, políticas o decisiones de gobierno que consideran injustas.

Por otro lado, y como diferencias podríamos mencionar que los actos de resistencia colectiva que por ser actos “anti- institucionales”⁶⁹, serían más o menos espontáneos y podrían involucrar un grado de reflexión y autoconciencia mucho menor que el que suele asociarse con la desobediencia civil. Otra diferencia la encontraríamos en ciertos casos donde la invocación de la resistencia colectiva podría estar acompañada de actos de violencia⁷⁰, mismos que resultan ajenos a la esencia de la desobediencia civil que

⁶⁹ Véase al respecto Eugenio Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal/Ramiro Ávila Santamaría*, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, Quito, Corporación Editorial Nacional, 2012, pp.17-19.

⁷⁰ En el Ecuador como ejemplo podemos citar el caso “Quimsacocha”, donde las protestas realizadas por los diferentes movimientos sociales, en las que se invocó el derecho a la resistencia al extractivismo, estarían caracterizados por el cierre de vías públicas con la quema de neumáticos. Véase, El Comercio, Los campesinos alistan otras marchas, disponible en: <http://elcomercio.com/2010-05-08/NoticiasSecundarias/EC100508P5SEUIMIENTOINDIO.aspx>.

respondería a una táctica de no violencia, que buscaría extremar el cuidado para que nada pueda interpretarse maliciosamente o proyectarse públicamente como uso de la violencia, marginando a cualquier provocador o infiltrado.

Así mismo, las personas que se involucrarían en acciones de desobediencia civil aceptarían padecer las penas que el derecho dispone en su contra, pues existe una aceptación de la validez general del derecho que se cuestiona en algún aspecto específico, a diferencia de lo que ocurriría en los actos de resistencia, en los que no estaría presente esta aceptación, pues con la invocación de la resistencia colectiva se buscaría llamar la atención pública y de las autoridades sobre un conflicto, las necesidades cuya satisfacción se reclama o en suma, la violación de un derecho.

Más adelante profundizaremos en cómo ciertos elementos de la noción de desobediencia civil que serían comunes con los actos de resistencia colectiva podrían ser considerados como un límite en la invocación de este nuevo derecho reconocido en el artículo 98 de la Constitución ecuatoriana.

1.4.2.2. Objeción de Conciencia

La objeción de conciencia es una forma de desobediencia al derecho positivo fundada en la libertad de poder rehusar determinada normatividad por motivos jurídicos, morales o políticos del individuo concreto. Se diferencia de las otras desobediencias, especialmente de la civil, con la que suele confundirse o considerarse una parte de ella porque en esta se apela a las convicciones de justicia de la comunidad.⁷¹ En este sentido, podríamos

⁷¹ Pfr. Miguel Hernández, *El Derecho Constitucional a la Resistencia ¿Realidad o Utopía?*, Universidad Católica de Guayaquil, Quito, Departamento Jurídico Editorial- CEP, 2012, p.27.

mencionar como ejemplos la objeción de conciencia al servicio militar, a practicar el aborto, al juramento religioso, a sufrir determinados tratamientos médicos, etc.

A criterio de Peces-Barba, la objeción de conciencia, es “ (...) un derecho subjetivo o una inmunidad que supone una excepción a una obligación jurídica, que puede ser incluso, fundamental. Así, la objeción de conciencia, en sentido estricto, solo se produce cuando existe esa juridificación”.⁷²

El fundamento principal de la objeción de conciencia podría radicar en estar amparado en el derecho positivo, a diferencia de lo que ocurre con la figura de la desobediencia civil y demás formas de insumisión a ese derecho que resultan completamente ilegales. De otra parte la objeción de conciencia, no busca modificar, cambiar o frustrar la normatividad, sino desacatarla, pero siempre con su respaldo.⁷³

En este contexto podríamos colegir que nos encontraríamos frente a un acto de objeción de conciencia cuando una persona en ejercicio de un derecho se niega a cumplir de manera no violenta un precepto jurídico, cuya observancia se encontraría prohibida por su fidelidad a determinados principios culturales, jurídicos, morales o políticos.

La Constitución ecuatoriana de 1998 ya reconocía el derecho a la objeción de conciencia (art. 188) en el marco de un orden constitucional sensible a la libertad de conciencia (art. 23, in. 11), así como a una amplia categoría de derechos humanos ya formalmente tutelados, pero perjudicados a lo largo de las décadas, de la inestabilidad constitucional y la falta de institucionalización de garantías constitucionales jurisdiccionales.⁷⁴ La Norma Suprema del 2008 también en su artículo 66 numeral 12

⁷² Gregorio Peces-Barba, “Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia”, en: http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10385/desobediencia_Peces_ADH_19881989.pdf;jsessionid=1DB4DD4F21F56F8BFF996AC96BF3FC93?sequence=1, último acceso: 28 de diciembre de 2013.

⁷³ Pfr. Miguel Hernández, op. cit., p.27

⁷⁴ Ibid., p. 32.

dentro de los derechos de libertad respecto a la objeción de conciencia expresa que se reconocerá y garantizará “el derecho a la objeción de conciencia que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza. Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar.

Lo expuesto nos permitiría colegir que la objeción de conciencia se podría distinguir de los actos de resistencia colectiva y desobediencia civil porque ésta no apelaría a las condiciones de justicia de la comunidad, sino más bien a temas personales que estarían relacionados principalmente con la fidelidad a determinados principios culturales, jurídicos, morales o políticos. Así mismo, los actos de objeción de conciencia por su naturaleza se caracterizarían por ser individuales a diferencia de los de resistencia que generalmente pueden ser colectivos o individuales.

En este contexto las expresiones de resistencia y las de objeción de conciencia podrían ser consideradas como actos públicos que buscan exteriorizar a través de diversas formas de manifestación la inconformidad o desacuerdo frente a ciertas disposiciones normativas, decisiones o políticas del gobierno que vulneran o pretendan vulnerar sus derechos constitucionales.

1.4.2.3. Insurrección

Étienne Balibar, sostiene que la insurrección constituye una dimensión fundamental de la ciudadanía, que no es únicamente un estatuto o una institución sino una práctica colectiva.⁷⁵ Por medio de la insurrección popular se defienden y conquistan derechos, se desafían el orden y las relaciones de dominación imperantes y se alistan las condiciones

⁷⁵ Étienne Balibar, *Droit de cité*, Paris, Quadrige - PUF, 2002, pp. 17-23

para activar el poder y la capacidad constituyente de la ciudadanía.⁷⁶ Así, cuando se destruyen las bases para el ejercicio de la soberanía y la potencia popular, la insurrección ciudadana tomaría cuerpo y se legitimaría; por ello debería considerarse que ésta emerge como la manifestación periódica de la soberanía y la potencia popular.⁷⁷

En un sentido similar Rodrigo Borja, en su *Enciclopedia de la Política* considera a la insurrección como sinónimo de rebelión y la describe como el alzamiento de los hombres (opinión pública) contra el abuso personales de la autoridad: contra sus aberraciones, sus arbitrariedades y sus deshonestidades; pero sin tocar la realidad institucional vigente, el ordenamiento jurídico, las bases imperantes de la organización estatal; es decir, tiene como propósito remplazar por otros a los titulares del poder - transformación personal -, dejando de lado lo institucional.⁷⁸

Asimismo, estas acciones de fuerza nacerían desde abajo pues se generarían entre los gobernados y se dirigirían a arrebatar el poder a los gobernantes. Los actos de insurrección se podrían diferenciar de los golpes de Estado, porque éstos se generan en las alturas del gobierno, es decir en las cúpulas militares o políticas del Estado, y se dirigen hacia abajo, para imponer un orden e implantar una disciplina, generalmente es un acto de armas como anticipación a una revolución.⁷⁹

Considerado este escenario, se podría mencionar que en nuestro país la insurrección no estaría desarrollada o regulada de manera expresa; y que podría tener relación más bien con la rebelión que se encuentra tipificada como *delito* en el artículo 336 Código Integral Penal, mismo que expresa “la persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del

⁷⁶ Franklin Ramírez, *La insurrección de abril no fue solo una fiesta*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2005, p.26

⁷⁷ Étienne Balibar, op. cit., p. 22

⁷⁸ Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la Política*, Fondo de la Cultura Económica, Quito, 1997, p. 55.

⁷⁹ *Ibíd.*

gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.” Así mismo en su segundo inciso de manera taxativa menciona cuatro actos de rebelión que agravarían la pena privativa de libertad de siete a diez años, estos actos son: en primer lugar el que se levante en armas, para derrocar al gobierno o dificultar el ejercicio de sus atribuciones; en segundo lugar el que impida la reunión de la Asamblea Nacional o la disuelva; en tercer lugar el que impida las elecciones convocadas; y, finalmente el que promueva, ayude o sostenga cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado.

Lo anotado, nos permitiría considerar que los actos de resistencia y los de insurrección tendrían como elemento común el hecho que son invocados de una manera pública y colectiva, pues nacen desde abajo, es decir desde los gobernados. Por otro lado, la distinción principal -fuerte- la encontraríamos en que los actos de insurrección estarían dirigidos contra la autoridad, es decir contra el titular de gobierno, dejando de lado la realidad institucional o porque se tiene como fin el desconocimiento de la Norma Suprema, así como también, porque al ser un elemento característico las acciones violentas o el levantamiento en armas lo configuran como *delito* -rebelión-; a diferencia de los actos de resistencia que por su esencia iusnaturalista son actos ejercidos contra el ordenamiento jurídico establecido, instituciones vigentes, y en general contra todo acto u omisión del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulnere o pretenda trastocar un derecho humano. De ahí que el acto de resistencia colectiva no debería ser sancionado sino protegido como derecho y la insurrección en forma de rebelión sería un acto punible.

Recapitulación

A manera de conclusiones parciales se presentan dentro de este capítulo algunas reflexiones que intentarán recoger ciertos elementos a ser considerados en el análisis que se realizará luego respecto a la invocación del derecho a la resistencia colectiva conforme se encuentra reconocido en la Constitución ecuatoriana del 2008.

- La participación como principio y derecho debe ser entendida como un elemento esencial de toda sociedad democrática, pues ésta permite a los miembros de una colectividad a través de diversas formas de manifestación, intervenir y expresar de manera permanente sus necesidades, sus desacuerdos por posiciones políticas, económicas, sociales; con la finalidad de influir o formar parte en la formulación y en la toma de decisiones gubernamentales que vulneren sus derechos o que en general puedan afectar su calidad de vida.

- La Constitución de Montecristi a diferencia de la Carta Fundamental de 1998, se caracteriza porque supone una profundización en los mecanismos participativos del sistema político del país, es decir, se observa una participación ciudadana mucho más amplia, renovada y sobre todo mejor articulada con el Estado.

- Podríamos incluir en el grupo amplio de derechos de participación al *derecho a la resistencia* (artículo 98), que situado en la parte organizativa de la Constitución ecuatoriana, se encuentra positivizado como un derecho que tienen los individuos y colectividades frente a actos u omisiones de los poderes públicos o personas no estatales cuando se lesionen o puedan lesionarse derechos constitucionales o para la demanda de nuevos derechos.

- La democracia deliberativa debe ser concebida como una manera de entender la democracia, basada en el diálogo, el debate y la argumentación como elementos característicos de un proceso político que busca mejorar la calidad de las decisiones colectivas, de forma que el conjunto de la ciudadanía resulte beneficiado.

- La protesta social podría ser entendida como el mecanismo o medio que emplean los individuos o movimientos sociales, y los defensores de los derechos humanos y la naturaleza con el fin de expresar públicamente su desacuerdo y reclamo a una decisión de autoridad que vulnera o puede vulnerar sus derechos consagrados y garantizados en la constitución. Así, el fin de expresar públicamente el desacuerdo o reclamo se consideraría como resistencia.

En los actos de protesta social se observaría también que la invocación del derecho a la resistencia -fin- encontraría no solo una protección constitucional sino internacional, pues tendría conexidad con los derechos a la libertad de expresión, reunión, asociación y manifestación, derechos que se encuentran protegidos en instrumentos internacionales, tales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos. De esta manera en todos los actos de invocación de resistencia colectiva, se observaría una trilogía de derechos, es decir, una relación entre el derecho a la protesta social con el de la resistencia, y de éste con los de libertad (expresión, reunión, asociación, manifestación).

- En torno al derecho a la resistencia existirían dos fases, la primera sería la de una tradición “*iusnaturalista*” y la segunda, la de una “*formalización declarativa*” en diferentes ordenamientos positivistas. Su inserción en la Constitución ecuatoriana del 2008 nos ubica con el problema de que el constituyente no estableció de manera clara y expresa los límites

democráticos que deberían ser observados frente a los diferentes actos ejecutados invocando el derecho a la resistencia.

- Una comprensión sobre unos *límites débiles del derecho a la protesta*, podría llevarnos a pensar que existiría un conflicto de derechos constitucionales en el Ecuador, pues desde una visión del gobierno ciertos actos ejecutados invocando el derecho a la resistencia colectiva expresados en la protesta social, resultarían criminalizados si se los entiende como actos que *rompen el orden* y que por tanto vulneran el derecho de terceros ajenos a la protesta, pasando a ser entendidos como un delito de sabotaje, terrorismo o de ataque o resistencia; de ahí que plantearemos la pregunta *¿hay un choque de paradigmas?*

- El concepto del derecho a la resistencia está caracterizado por ser amplio, que en determinadas ocasiones podría confundirse con otras formas que, pueden abarcar a éste, como la insurrección, desobediencia civil y objeción de conciencia, por ello se debería considerar que las invocaciones a la resistencia a más de ser actos públicos y colectivos distan mucho de las características propias de los otros fenómenos referidos.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA RESISTENCIA, SU ALCANCE Y SUS POSIBLES LIMITACIONES

Configuración constitucional del Derecho a la Resistencia

En el capítulo anterior se evidenció justamente como problema central no solo comprender mejor el derecho a la resistencia colectiva sino el de su alcance y límites. Por ello, continuando con el desarrollo de esta investigación académica, el presente capítulo busca profundizar en el análisis del problema central que se encuentra planteado en líneas anteriores; para ello se estudiará el contenido del derecho a la resistencia que se encuentra reconocido en el artículo 98 de la Constitución de Montecristi, en el contexto de un nuevo paradigma constitucional que supone un “Estado constitucional de derechos y justicia” consagrado en la primera y esencial norma fundamental.

De esta manera, con un breve análisis comparativo del derecho a la resistencia reconocido en el artículo 20 numeral 4 de la Ley Fundamental Federal de Alemania⁸⁰, el artículo 36 de la Constitución argentina de 1994⁸¹; y el artículo 98 de la Constitución ecuatoriana⁸², se intentará esgrimir argumentos que nos permitan entender si los actos invocados como resistencia colectiva en el Ecuador podrían ser entendidos como un derecho de directa e inmediata aplicación o como una garantía para el cumplimiento de otros derechos; así como también, se pretenderá identificar con claridad su contenido

⁸⁰ Artículo 20 numeral 4 de la Ley Fundamental Federal de Alemania de 1968 “(...) contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.”

⁸¹ Artículo 36 de la Constitución argentina de 1994 “(...) Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo (...)”

⁸² Artículo 98 de la Constitución ecuatoriana del 2008 “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.”

jurídico (el objeto y los sujetos: activos- pasivos). Para concluir con una breve referencia de los puntos que podrían ser considerados como relevantes en los debates planteados en torno a las limitaciones de índole constitucional y legal -disposiciones penales- respecto a la invocación colectiva del derecho a la resistencia.

Todo este análisis tendría como objetivo identificar y establecer elementos esenciales que giran en torno a la estructura y ejercicio del derecho a la resistencia colectiva en el contexto social ecuatoriano, los que de ser posible serían también identificados y aplicados en el caso emblemático “Quimsacoha” que será estudiado en el capítulo próximo.

2.1. El derecho a la resistencia en el constitucionalismo: Marco comparado

2.1.1. Naturaleza Jurídica

En palabras de Raúl Canosa, el derecho a la resistencia no vendría por lo general proclamado en las constituciones modernas, porque al ser éstas plasmación de la voluntad democrática, proclamarían los derechos y los defenderían con numerosos mecanismos (garantías jurisdiccionales, garantías institucionales, garantías normativas, acciones judiciales ordinarias o extraordinarias, políticas públicas, vías internacionales, entre otras) que institucionalizan la resistencia y hacen innecesario su declaración autónoma. Cuando tal proclamación acontece, su presencia podría resultar contradictoria, paradójica, por el vivo contraste de un orden acabado de protección de la libertad con mecanismos que facultarían en cierto modo para perturbarla.⁸³ Por ello, resulta necesario intentar desglosar

⁸³ Pfr. Raúl Canosa, “El Derecho de Resistencia. Evolución histórica, esbozo de una teoría constitucional y análisis de su reconocimiento en la Constitución ecuatoriana”, en: *El Derecho a la Resistencia en el Constitucionalismo Moderno (Facultad de Jurisprudencia de Universidad Santiago de Guayaquil)*, Guayaquil, Editorial Poligráfica C.A , 2011, p.53.

su estructura para entenderla mejor en el contexto de un Estado democrático contemporáneo.

En este escenario, una primera aproximación en torno a la naturaleza jurídica del derecho a la resistencia, considera que a pesar de la proclamación en el artículo 2 de la Declaración Francesa de 1789⁸⁴ del derecho de resistencia a la opresión junto con los otros derechos naturales, ni la más generosa configuración histórica de este derecho en la Constitución Francesa de 1793, ni las declaraciones americanas, ni las posteriores tanto estatales como internacionales lo han vuelto a equiparar como un *derecho de naturaleza iusnaturalista*.

Por ello, la configuración de la resistencia como *derecho - deber* que se deduce de la Constitución Francesa de 1973⁸⁵, de la Declaración de la Independencia Americana de 1776⁸⁶ y de otros textos constitucionales, a criterio de Canosa, no permitiría establecerlo como un verdadero derecho subjetivo, pues la resistencia desde una visión *iusnaturalista*, preservaría un ámbito de autonomía para el libre desarrollo de la personalidad, inmune a la intervención injustificada del Estado. En cambio, el derecho de resistencia *positivizado* sería en todo caso instrumental, entendido como una *garantía* de los demás derechos y, además, de difícil sino imposible aprehensión jurídica, pues por su propia idiosincrasia podría ser considerado como refractario a toda regulación jurídica.⁸⁷

⁸⁴ Artículo 2 de la Constitución francesa de 1789: La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

⁸⁵ Artículo 33 de la Declaración de los Derechos del Hombre: La resistencia a la opresión es la consecuencia de los derechos del hombre.

⁸⁶ “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad”

⁸⁷ Pfr. Raúl Canosa, op. cit., p.53

Sin embargo, frente al criterio de la resistencia como una garantía, se debería considerar también que los mecanismos jurídicos de las diferentes garantías propias de la moderna democracia constitucional, estarían desarrolladas de manera pormenorizada en los diferentes ordenamientos jurídicos; mientras que la resistencia desde una primera aproximación podría quedarse sin una regulación, como un último recurso, que por serlo, lo relacionarían con el derecho de excepción; pero la resistencia, vendría asimismo regulada y prevista en la Constitución para sustituir al derecho de la normalidad, cuando éste no fuere capaz de enfrentarse a situaciones excepcionales que vulneren derechos. Pensar en una aplicación ordinaria del derecho a la resistencia frente a cualquier posible abuso del poder público como medida *prima ratio* podría entonces llegar a desnaturalizarlo y desconocer su trascendencia para convertirlo, posiblemente, en auténtico germen de la destrucción del Derecho.⁸⁸

Las contradicciones y paradojas que se generarían en torno a la constitucionalización de la resistencia, podrían hallar solución si la consideraríamos como la puerta cuya apertura conduciría al poder constituyente. Sin embargo, de manera inmediata esta propuesta resultaría entorpecida porque las regulaciones constitucionales modernas lo encaminarían concretamente a la defensa de la Constitución, es decir, un papel opuesto.⁸⁹

En este contexto, podría definirse a la resistencia desde dos aristas, la primera como una institución de garantía de los derechos; y la segunda como facultad entregada a los ciudadanos para defender el orden constitucional como sucedería en el artículo 20.4 de la

⁸⁸ Pfr. Marco Elizalde y Javier Flores, "Derecho a la Resistencia en el constitucionalismo ecuatoriano. Análisis jurídico para una interpretación integral de este derecho-garantía", en: *El Derecho a la Resistencia en el Constitucionalismo Moderno (Facultad de Jurisprudencia de Universidad Santiago de Guayaquil)*, Guayaquil, Editorial Poligráfica C.A, 2011, pp. 108-109.

⁸⁹ Pfr. Raúl Canosa, op. cit., p. 54.

Ley Fundamental de Bonn. En ambos supuestos que no serían fáciles de deslindar, se trataría en principio de una garantía de derecho objetivo, en razón de que el bien jurídico protegido sería el orden constitucional en su conjunto o en su parte más esencial -derechos fundamentales-. Pues según Raúl Canosa, no se trataría de una garantía directa contra una concreta violación de un derecho fundamental, para lo cual el orden constitucional prevé otros caminos. Sin embargo, la posibilidad de una resistencia individual le daría un sesgo subjetivista.⁹⁰

En el caso del Ecuador, un primer acercamiento a la disposición constitucional nos permitiría observar que la Carta Fundamental no recoge el derecho de resistencia entre los derechos ni entre sus garantías jurisdiccionales, sino bajo el rótulo de “Organización colectiva” (Sección segunda del Capítulo primero “Participación en democracia”, del Título IV, “Participación y organización del poder”). Su ubicación *prima facie* descartaría su condición de verdadero derecho y su naturaleza como garantía no jurisdiccional, para colocarla entre los instrumentos de participación popular.

Podría pensarse entonces, que a través de la resistencia, individuos y grupos de la sociedad participarían en la relación poder-sociedad, defendiendo los derechos constitucionales cuando fueran o pudieran ser trastocados o promoviendo otros nuevos. Esta contemplación de la resistencia, como forma de participación social en palabras de Canosa “sintonizaría con la finalidad perseguida que sería la inejecución del acto lesivo o la aprobación de la norma que supusiera el reconocimiento de nuevos derechos.”⁹¹ Así, este resultado podría ser fruto de una situación de hecho que los resistentes habrían creado y que en el primero de los supuestos podría resultar de la falta de acatamiento a las órdenes del poder.

⁹⁰ Ibid., pp. 54-55.

⁹¹ Ibid., p.107.

En esta línea de reflexión, el derecho a la resistencia colectiva ecuatoriano no perseguiría únicamente la defensa del orden constitucional en su conjunto, sino también el respeto al ordenamiento constitucional y democrático que favorece la protección de los derechos constitucionales o la promoción de nuevos derechos; prevaleciendo una dimensión subjetiva de la garantía -defensa de otros derechos-, en otras palabras podría funcionar como “el derecho-garantía para el disfrute de otros derechos frente al ejercicio ilícito o ilegítimo del poder público”⁹²; en contraste con el derecho a la resistencia germano que poseería una dimensión objetiva, conformando una facultad extraordinaria atribuida a los ciudadanos alemanes para defender los principios del orden constitucional, cuando no cabe otro remedio -último recurso-.⁹³

Así las cosas, lo expuesto nos permitiría entender que la naturaleza jurídica del derecho a la resistencia colectiva, acorde con la norma constitucional ecuatoriana, podría ser la de un *derecho garantía “sui generis”*, en razón de que estaría diferenciada de las garantías constitucionales existentes, porque la naturaleza de éstas sería que obligatoriamente deben ser minuciosamente desarrolladas en la normativa, con el fin de mantener la institucionalidad jurídica y evitar consecuencias como el abuso del derecho o el desacato; en especial porque de manera expresa “el Estado tendría establecido institucionalmente una serie de mecanismos jurídicos o instrumentos reforzados de protección que permiten o hacen posible evitar, mitigar o reparar la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución”⁹⁴. A diferencia de la resistencia colectiva como *derecho garantía “sui generis”*, que dentro de un contenido singular, por su esencia, mal

⁹² Juan Ugartemendía, “El derecho a la resistencia y su Constitucionalización”, en: *Revista de estudios políticos (Nueva época)*, No. 103, enero-marzo 1999, p. 228.

⁹³ Pfr. Raúl Canosa, op. cit, p.66.

⁹⁴ Juan Montaña, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Parte especial 1 Garantías Constitucionales en el Ecuador, CEDEC, Quito, 2011, p 24.

podría ser objeto de un desarrollo normativo, y más bien podría presentar un carácter reactivo, no jurisdiccional, inorgánico y subsidiario de los derechos constitucionales.⁹⁵

Estas características propias de la resistencia colectiva en el marco constitucional ecuatoriano lo harían merecedora de una jerarquía especial en el ordenamiento jurídico, al punto que podría resultar apropiado denominarlo, como lo hizo Gargarella con relación al derecho a la protesta, cómo el “primer derecho” en una sociedad organizada, esto es, como “el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos.”⁹⁶

En esta línea, la resistencia sería una garantía de carácter *reactivo*, porque sus titulares la activarían solo en el momento que consideren que el ejercicio ilícito o ilegítimo -acciones u omisiones- del poder público o personas naturales o jurídicas vulnere o puedan vulnerar sus derechos constitucionales.⁹⁷ Así, como para demandar nuevos derechos, mismos que podrían o no estar conectados con los derechos vulnerados con una acción u omisión. Una interpretación de la parte final del artículo 98 que considere improcedente el ejercicio de la resistencia para la demanda de nuevos derechos sin que exista el supuesto habilitante de acción u omisión, resultaría restrictiva y arbitraria por ser contradictoria al principio constitucional contenido en el numeral 3 del artículo 11, que prescribe que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución son de directa e inmediata aplicación; y que para su ejercicio no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución.

Respecto a su carácter *no jurisdiccional e inorgánico*, resulta necesario mencionar que *prima facie* podría entenderse que el artículo 99 de la Constitución de la República se refiere al derecho a la resistencia colectiva como garantía -acción ciudadana- por lo cual

⁹⁵ Pfr. Raúl Canosa, op. cit, p.54.

⁹⁶ Roberto Gargarella, *El derecho a la Protesta. El Primer Derecho*, Buenos Aires, Editorial Gedisa, 2005, p.12.

⁹⁷ Pfr. Marco Elizalde y Javier Flores, op.cit., p.107.

establece un procedimiento.⁹⁸ Sin embargo, esta interpretación no sería correcta debido a que el ejercicio de la resistencia dependería exclusivamente de la voluntad del soberano y por tanto, ninguna institución estatal podría tener a su cargo la administración o control de los diferentes actos de invocación del derecho constitucional a la resistencia.

Así como también, porque ningún procedimiento establecido o por establecerse podrían regular los actos de resistencia, en razón de que estaríamos frente a una garantía imprecisa en el sentido de abstracción de una norma general, pero con una estructura que se constituiría de manera diferente en el momento preciso de su ejercicio.

En este contexto, resulta necesario hacer mención al contenido de las *garantías extrainstitucionales o sociales de acción directa o de autotutela*, desarrolladas por Gerardo Pisarello, que serían entendidas como aquellos instrumentos de tutela o defensa de los derechos que, sin perjuicio de las instituciones estatales que puedan instaurarse, dependen exclusivamente de la actuación de sus propios titulares, es decir, consisten en la utilización de vías de acción directa de defensa o reclamo de un derecho social.⁹⁹

Por lo tanto, en situaciones de vulneración grave y sistemática de los derechos sociales, “en las que los mecanismos institucionales de protección resultarían ineficaces, estas garantías de autotutela pueden asumir formas más radicales. Así, por ejemplo, situaciones extremas de exclusión o emergencia social pueden conducir a la ocupación de fábricas abandonadas, de tierras improductivas o de viviendas vacías, así como acciones de desobediencia civil e incluso de **resistencia activa**”. (la negrita es nuestra) Así, “mientras

⁹⁸Artículo 99 de la Constitución de 2008: “La acción ciudadana se ejercerá en forma individual o en representación de la colectividad, cuando se produzca la violación de un derecho o la amenaza de su afectación; será presentada ante autoridad competente de acuerdo con la ley. El ejercicio de esta acción no impedirá las demás acciones garantizadas en la Constitución y en la ley.

⁹⁹Pfr. Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp.122-126

más urgentes, en efecto, sean las necesidades en juego y mayor la situación de emergencia constitucional, más justificado estará el recurso a vías de autotutela”¹⁰⁰

En este sentido, el derecho a la resistencia colectiva en el Ecuador se caracterizaría por ser una garantía *no institucional*, pues como se ha señalado en líneas anteriores, su invocación frente a la vulneración de derechos constitucionales depende únicamente de la voluntad de sus titulares -resistentes- a través de la protesta social.

El carácter de *no subsidiariedad*, tendría relación con el hecho de que el contenido del artículo 98 no impondría el agotamiento de ninguna vía previa de protección, pues se podría observar que se ha invocado en casos que no han sido cerrados judicialmente¹⁰¹; lo mencionado podría demostrar que no estaría siendo utilizado como último recurso (pues cabría interponer por ejemplo mecanismos ordinarios o el recurso extraordinario de protección, medidas cautelares, la declaratoria de inconstitucionalidad de determinada norma), sino como refuerzo de la invocación de derechos constitucionales que aún pueden obtener amparo en genuinas vías jurídicas de protección.

En este sentido, se podría pensar que para que la resistencia sea empleada como último recurso, necesitaría que la misma Constitución lo establezca de manera clara y no lo hace y por tanto, no sería posible una interpretación restrictiva, sino *favor libertatis*, tal como prescribe el artículo 427 de la Constitución¹⁰² que estaría en concordancia con el numeral 3 del artículo 11 ibídem. Asimismo, “si la resistencia fuese entendida como último recurso, como lo establecería el artículo 20.4 de la Ley Fundamental de Bonn, debería

¹⁰⁰ Gerardo Pisarello, op. cit., p. 127

¹⁰¹ Los defensores de los derechos del agua resistieron ante la aprobación de la Ley de Minería, antes de la aprobación de la ley, posterior a su aprobación e incluso mientras se demandaba la inconstitucionalidad de la misma en la Corte Constitucional.”

¹⁰² Artículo 427 de la Constitución ecuatoriana de 2008 “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.”

ocurrir en Ecuador lo que ocurre en Alemania, que nunca se invoque el artículo 98 porque las múltiples garantías serían suficientes para depurar, desde el canon constitucional, las lesiones de los derechos.”¹⁰³

Se debería también entender, que la generosidad de la norma constitucional ecuatoriana no impediría la invocación de la resistencia de manera simultánea al empleo de otras vías posibles de reparación; pero tampoco la convertiría en un mecanismo que el soberano puede emplear a su capricho, argumentando una supuesta afectación de derechos constitucionales. Pues una constante invocación de este *derecho garantía “sui generis”* cuando no existiera una vulneración o una posible violación de un derecho constitucional, podría terminar desvirtuándolo y convirtiéndolo en un recurso retórico de todos los que desearan oponerse.¹⁰⁴ Al respecto, es importante mencionar la sentencia de consulta de constitucionalidad de norma No. 034-13-SCN-CC, caso No.0561-12-CN de 30 de mayo de 2013, expedida por la Corte Constitucional del Ecuador.

Esta decisión constitucional tuvo como antecedente un auto emitido por la Corte Nacional de Justicia, que conlleva al cobro de una deuda tributaria por 50 millones de dólares correspondientes al ejercicio fiscal 2005 de la compañía Exportadora Bananera Noboa S.A. Inconformes con la decisión de casación, la compañía en la petición de medida cautelar **“invocó el derecho a la resistencia previsto en el artículo 98 de la Constitución de la República, por tratarse de una acción de poder público que vulnera derechos constitucionales, y presenta una media cautelar.”** (la negrita es nuestra)

Frente a la acción presentada, el juez cuarto de Trabajo del Guayas, mediante resolución dictada el 24 de agosto de 2012, de conformidad con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional –LOGJCC-, concedió de

¹⁰³ Raúl Canosa, op. cit., p.60.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p.61

“forma parcial” la acción de medidas cautelares y dispuso que el Servicios de Rentas Internas SRI, no ejecute la acción de cobro de la glosa determinada por el año fiscal 2005, hasta tanto la Corte Constitucional se pronuncie sobre la acción extraordinaria de protección presentada por la Exportadora Noboa S.A.

Asimismo, el juez señaló dentro de la parte resolutive de su fallo que en lo que concierne al derecho a la resistencia sobre la resolución de la Corte Nacional de Justicia, se encuentra impedido de pronunciarse en virtud de lo previsto en el artículo 42 numeral 6 de la LOGJCC, razón por la cual presentó la consulta a la Corte Constitucional. El SRI solicitó la revocatoria de las medidas cautelares, pretensión que fue desechada en razón de que el proceso fue elevado en consulta a la Magistratura Constitucional¹⁰⁵

Del análisis que la Corte Constitucional realizó a la consulta de constitucionalidad elevada por el juez cuarto de Trabajo del Guayas en lo principal consideró:¹⁰⁶

“(...) el juez cuarto de Trabajo del Guayas inaplicó una norma legal bajo consideración de que la misma presentaba vicios de inconstitucionalidad en relación al derecho a la resistencia del accionante, frente a acciones del poder público que en su consideración vulneraron derechos constitucionales, circunstancia que, según se ha analizado en el presente fallo,

¹⁰⁵ Ver sentencia del juicio No. 2012-0855, Juzgado Cuarto de Trabajo del Guayas del 24 de agosto de 2012.

¹⁰⁶ Ver parte motiva del segundo problema jurídico planteado por la Corte Constitucional: “(...) Respecto a la resolución dictada por el juez cuarto de trabajo del Guayas en la que se aceptó parcialmente las medidas cautelares, se aprecia que el juzgador acogiendo el derecho a la resistencia invocado por el accionante, resolvió actuar fuera de sus competencias y facultades e implicó el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Posteriormente se negó a aceptar la revocatoria de las medidas, argumentando que el proceso ya había subido a consulta. La norma inaplicada en el trámite de la causa prohíbe la solicitud de medidas cautelares cuando se trata de ejecución de órdenes judiciales, tal como aconteció en el caso, en el que el accionante solicitaba expresamente la “cesación de manera inmediata de los efectos del ilegítimo e injusto acto de poder público, contenido en el auto de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional” Por tanto, el señor juez consultante transgredió la norma constitucional del artículo 428 en dos momentos: cuando declaró parcialmente con lugar la solicitud de medidas, y cuando desechó la solicitud de revocatoria de la misma (...)”, sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No.034-13-SCN-CC, caso No. 0561-12-CN del 30 de mayo de 2013, p.11.

extralimita las competencias que posee un juez en virtud del control concreto de constitucional”.¹⁰⁷

En este contexto, se advierte que pese a que la Corte Constitucional del Ecuador no ha desarrollado en su jurisprudencia el contenido del derecho a la resistencia, en este fallo señala que la invocación del derecho a la resistencia con la solicitud de medidas cautelares en la etapa de ejecución de una orden judicial no es procedente, en relación a lo dispuesto en el artículo 27 LOGJCC¹⁰⁸. Por tanto, los operadores de justicia ante una solicitud de medidas cautelares o de cualquier garantía jurisdiccional deben observar la naturaleza y los requisitos de admisibilidad de cada una de las garantías planteadas, pese a que éstas vengán acompañadas de la invocación del derecho a la resistencia.

De lo expuesto podríamos colegir, que a diferencia de la Constitución alemana y argentina en el ordenamiento constitucional ecuatoriano el derecho a la resistencia no debería ser entendido como un verdadero derecho subjetivo, ni como una garantía de naturaleza jurisdiccional, sino más bien de un *derecho garantía “sui generis”* con un contenido singular, pues podría presentar un carácter reactivo, no jurisdiccional, inorgánico e incluso no subsidiario de los derechos constitucionales; características que serían conferidas a los individuos y colectivos para defender sus derechos frente a acciones u omisiones de poderes públicos o de particulares que lesionen o puedan lesionar sus derechos.

¹⁰⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No.034-13-SCN-CC, caso No. 0561-12-CN del 30 de mayo de 2013.

¹⁰⁸ Artículo 27 LOGJCC “Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho. Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación. **No procederá cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos** ”. (la negrita es nuestra)

2.1.2. Contenido Jurídico

2.1.2.1.Objetivo

Concretamente el objeto de la resistencia tal como está escrito en la norma constitucional ecuatoriana sería extenso en comparación con la Ley Fundamental de Bonn y con la Constitución argentina, por lo tanto de una manera explicativa se podrían describir de la siguiente forma:

- a) De acciones u omisiones del poder público que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales;
- b) De las acciones u omisiones de las personas naturales o jurídicas privadas que vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales; o
- c) Demanda de nuevos derechos.

Respecto a la *ilegitimidad o injusticia* de la acción u omisión de poder público que vulnere o pueda vulnerar derechos constitucionales y contra la cual se puede ejercer el derecho a la resistencia, en palabras de Juan Ugartemendia, debería entenderse que podría ser ante “las acciones que aunque objetivamente legítimas, provengan de autoridades ilegítimas -*absque título*-; o, que el acto, en su contenido sea ilegítimo e injusto -*ab exercitio*-.”¹⁰⁹

¹⁰⁹ Ugartemendía plantea que “hablar de la politización o constitucionalización del derecho de resistencia no supone otra cosa que hablar de la constitucionalización (juridificación democrática) de la garantía de los derechos, tanto frente al poder ejercido sin título legítimo (*absque título*), como frente al poder que, siendo legítimo en título, es arbitrariamente ejercido (ilegitimidad *ab exercitio*).” Juan Ugartemendia, *El derecho a la resistencia y su constitucionalización*, en revista de Estudio Político, Universidad del País Vasco, 103 enero-marzo (1999), p.228.

En el caso de la *ilegitimidad absque título*, la determinación de ilegitimidad se podría establecer fácilmente con la constatación del origen ilegítimo de la autoridad (de cualquier poder público) de la que emana el acto lesivo.

Y en lo referente a la *ilegitimidad ab exercitio*, se relacionaría con el acto en sí mismo, es decir, con la condición notoria de ilegitimidad y con las consecuencias del acto, esto sería con la gravedad e irreparabilidad de la vulneración o posible vulneración de los derechos constitucionales.

Al respecto, se podría indicar que lo manifestado en relación a la existencia de los dos tipos de actos ilegítimos de autoridad pública que podrían ser objeto resistencia, como consta en acta 053-A, de la mesa constituyente No. 2 de la Asamblea Constituyente de Montecristi, fue también tomado en cuenta por el asambleísta Rafael Esteves Moncayo en el debate realizado previo a la aprobación del artículo 4 en el que se buscaba reconocer el derecho a la resistencia.¹¹⁰

Por otro lado, en lo referente a “las acciones u omisiones de las personas naturales o jurídicas privadas que vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales”, se podría sostener que cuando los poderes privados más fuertes y los menos sometidos a control de los poderes públicos pueden actuar contra los derechos de otros particulares y es en estos casos donde con el ejercicio de la resistencia se podría hacer frente a sus excesos.¹¹¹ Sin embargo, se entendería también que con la invocación de este derecho por la vía de hecho en su ejercicio se lograría dejar de lado o disminuir el papel estatal en la resolución de los conflictos sociales, por esta razón, su invocación debería estar plenamente justificada, es

¹¹⁰ En las actas de debate el Asambleísta Rafael Esteves respecto al derecho a la resistencia expresa: “El derecho a la resistencia es un derecho reconocido a los pueblos frente a gobernantes de origen ilegítimo, no democrático; o también que teniendo un origen legítimo, esto es democrático, han devenido en actos ilegítimos en su ejercicio”, Asamblea Constituyente, Acta 053-A, Mesa Constituyente No. 2, Quito, 27 de mayo de 2008, p.90

¹¹¹ Pfr. Raúl Canosa, op. cit, p.65.

decir, cuando exista una acción u omisión de un privado que afecte o pueda afectar el derecho constitucional de otro u otros particulares se podría invocar la resistencia colectiva.

En esta línea de reflexión, respecto a la posibilidad de “demandar nuevos derechos” como tercer supuesto de hecho del derecho de resistencia colectiva, Canosa manifiesta que éstos habrían de estar conectados con los derechos vulnerados con la acción u omisión, pues no sería del todo lógica una demanda de nuevos derechos sin que exista el supuesto habilitante de acción u omisión.¹¹² Sin embargo, conforme a lo expresado en líneas anteriores, este argumento podría constituirse en una restricción al derecho a la resistencia colectiva, por ser contrario al modelo actual de Estado de derechos y justicia que tiene como finalidad primordial el ser garante de los derechos constitucionales, y que se caracterizaría también por tener una Constitución de contenido amplio; cuya interpretación integral de sus normas y principios constitucionales, nos permitiría observar que éstos prescriben de manera clara que para el ejercicio de los derechos constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución¹¹³, así como también, que en caso de duda, las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos¹¹⁴. De esta manera, una limitación en la invocación del derecho constitucional a la resistencia colectiva que pretenda el reconocimiento de nuevos derechos, resultaría inconstitucional por ser contraria al espíritu de la Norma Suprema.

Lo expuesto, sería argumento para considerar que la resistencia funcionaría como una *garantía sui generis* para el disfrute de otros derechos constitucionales frente al ejercicio ilícito o ilegítimo del poder público.

¹¹² *Ibíd.*, p.64.

¹¹³ Artículo 11 numerales 3 y 5 de la Constitución de 2008.

¹¹⁴ Artículo 427 *ibídem*, que tiene concordancia con el artículo 3 inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

2.1.2.2. Sujetos

2.1.2.2. 1. Sujeto Activo

En el marco de la Carta Constitucional de Montecriti, serían sujetos activos del derecho a la resistencia tanto las personas *naturales individuales y colectivas o jurídicas*, según las acciones de resistencia que se emprendan (artículos 9 y 10 de la Constitución de la República del Ecuador). En el caso de las personas naturales, estarían reconocidas todas con independencia de su condición nacional o no; es importante mencionar que el constituyente ecuatoriano se mostraría generoso al igual que en el caso de la Constitución argentina¹¹⁵, porque del contenido constitucional no se excluirían a las personas extranjeras de la titularidad de la capacidad de resistir, como sí lo haría el artículo 20 numeral 4 de la Ley Fundamental de Bonn¹¹⁶, que reserva la resistencia solo para los alemanes al expresar que “contra cualquiera que intente derribar ese orden les asiste a todos los *alemanes* el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso”.

¹¹⁵ La Constitución argentina ha obligado al Estado y a su gobierno (en los tres niveles) a reconocer a los extranjeros los mismos derechos que a los argentinos. En este sentido, las leyes y reglamentaciones contribuyen a delimitar la realidad y las posibilidades que los migrante tienen en el territorio argentino. Ver caso de resistencia argentina, “caso **SCHIFRIN**, relativo a un corte de ruta e interrupción de los servicios aéreos del aeropuerto de Bariloche, por mayoría los vocales Bisordi y Catucci de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal confirmaron la condena impuesta a la Marina Schifrin al señalar que “no es cierto que las personas que impidieron el tránsito en la ruta 237 pudieron ejercer sus derechos -de expresión, petición o reunión- de esa exclusiva forma o que ella fuese la más razonable” en: <http://www.diariojudicial.com/nota/11884>

¹¹⁶ Ver caso emblemático de resistencia dentro de Alemania: “De los *alemanes* que se oponían a la dictadura de Hitler, muy pocos grupos protestaban abiertamente contra el genocidio nazi de judíos. El movimiento de la “**Rosa Blanca**” fue fundado en junio de 1942 por Hans Scholl, un estudiante de medicina de 24 años de la Universidad de Munich, su hermana de 22 años Sophie y Christoph Probst, de 24 años. Si bien el origen exacto del nombre “Rosa Blanca” es desconocido, está claro que simboliza la pureza y la inocencia frente al mal. Hans, Sophie y Christoph estaban indignados con el hecho de que alemanes educados aprobaran las políticas nazis. Distribuían panfletos antinazis y pintaban eslóganes como “¡Libertad!” y “¡Abajo Hitler!” en las paredes de la universidad. En febrero de 1943, Hans y Sophie Scholl fueron arrestados luego de ser atrapados distribuyendo panfletos y resistiendo al gobierno alemán. Cuatro días más tarde, como consecuencia de un proceso fueron ejecutados junto con su amigo Christoph. Las últimas palabras de Hans fue: “¡Viva la libertad!””, en: <http://www.ushmm.org/outreach/es/article.php?ModuleId=10007751>

Sin descartar el ejercicio de la resistencia puramente *individual*, lo más común sería que se pueda pensar que es *colectivo*, es decir de grupos de personas más o menos organizadas de carácter político, sindical o social.¹¹⁷ En el caso ecuatoriano se podría mencionar como ejemplos a los defensores de los derechos humanos, indígenas, campesinos, ecologistas, estudiantes, profesores; quienes en forma colectiva han resistido a la aprobación de la ley de Recursos Hídricos, ley de Educación, ley de Comunicación, ley de Minería, entre otras; así como frente a propuestas de oposición al desarrollo de proyectos extractivos, principalmente mineros y petroleros.

Lo indicado tendría plena relación con el artículo 11 numeral 1 de la Constitución de 2008 que dispone que “*el ejercicio de los derechos se regirán por los siguientes principios:*
1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, estas autoridades garantizarán su cumplimiento.” (la cursiva es mía).

Asimismo, la última parte de la disposición constitucional mencionada nos permitiría considerar que estos titulares del derecho a la resistencia -individual o colectiva- podrían exigir que las autoridades competentes garanticen el cumplimiento de su derecho, en especial porque una regla de este mismo artículo 11 numeral 3 y 4, ordena que:

“*los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte*” y que “*ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*”. (la cursiva es mía).

¹¹⁷ Pfr. Raúl Canosa, op. cit., p.55.

Lo anotado podría entenderse también en relación al principio de la eficacia normativa de la Constitución, que implicaría inmediatez en la aplicación de la Ley Suprema y por ende de los derechos que ella contiene. La eficacia normativa constitucional ecuatoriana implicaría también falta de necesidad de una ley para que se operativice el derecho; así como supondría la autosuficiencia de la Constitución en cuanto a la operatividad de los derechos que ella reconoce. Por lo tanto, al ser el derecho a la resistencia un derecho garantía *sui generis* de rango constitucional no cabría duda de su validez, eficacia jurídica, inmediatez y de la aplicación directa del mismo.¹¹⁸

En este sentido, se manifestaría que el reconocimiento que realiza el constituyente ecuatoriano es bastante amplio y constituiría una plasmación del principio *pro actione*, por lo cual permitiría a toda persona, natural (individuales - colectivas) o jurídica, invocar y aplicar el derecho a la resistencia; es decir, a diferencia de las constituciones de otros países, en la Constitución de Montecristi la titularidad activa del derecho a la resistencia sería extensa y generosa.

2.1.2.2.2. Sujeto Pasivo

Respecto del sujeto pasivo del ejercicio del derecho a la resistencia colectiva en el texto constitucional ecuatoriano, se menciona que podrían ser *los particulares* -personas naturales o jurídicas de derecho privado-, como también *los poderes públicos* cualquiera de ellos.

Así, la interpretación literal del artículo 98 nos permitiría entender en primer lugar que en la expresión “acciones y omisiones del poder público” se incluirían a todas las

¹¹⁸ Miguel Hernández, op. cit., p.180

funciones del sector público en los términos del artículo 225 de la Constitución del Ecuador cuando considera que:

“el sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.” (la cursiva es mía).

En efecto, de la literalidad de este artículo podría surgir un problema en relación a la función judicial, pues al pertenecer ésta al sector público, todas sus manifestaciones jurídicas se constituirían necesariamente en actos del *poder público* -sujeto pasivo de la resistencia-; en este sentido, desde una visión no restrictiva, muchos creerían que es incuestionable que una sentencia de la función jurisdiccional ordinario o constitucional, encuadraría en el precepto del artículo 98 de la Constitución ecuatoriana. Cualquier otra interpretación sería notoriamente limitante del amplio contenido constitucional de este derecho, lo que estaría en frontal contradicción con el mandato interpretativo *favor libertatis* del artículo 427 del texto constitucional¹¹⁹.

Sin embargo, se creería que la intención del constituyente no tendría este alcance, en especial porque si partimos de la idea de un Estado de derechos y justicia, consideraríamos que el principio rector de la función judicial es el de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los administrados; y que su misión institucional sería

¹¹⁹ Pfr. Marco Elizalde y Javier Flores, op. cit., p.112.

materializarlo para obtener seguridad jurídica¹²⁰; entonces si se admitiera la resistencia a una resolución judicial diríamos que, al no existir una ejecución integral de la sentencia, no hay una tutela judicial efectiva, provocando así la vulneración del derecho de quién fue favorecido por dicho fallo o resolución.

De ahí, que el resistir a una resolución simplemente porque se discrepa de un pronunciamiento judicial adverso no podría ser admisible, especialmente porque el ordenamiento ecuatoriano contemplaría la aplicación de varios mecanismos para la defensa de derechos, así por ejemplo permitiría la interposición del recurso extraordinario de protección¹²¹ que admite la impugnación de resoluciones judiciales firmes cuando se haya vulnerado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, así como también se podría solicitar medidas cautelares¹²² para evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

Por tanto, partiendo del principio de no subsidiariedad abordado en líneas anteriores, como excepción se podría establecer que potencialmente se haría también valer el derecho garantía de resistencia frente a circunstancias extremas de actos ilegítimos e injustos - decisiones del poder judicial- que efectivamente transgredan o puedan vulnerar derechos constitucionales de forma grave e irreparable; y en las que no exista un mecanismo adecuado para obtener la suspensión de los efectos del acto lesivo que este violando determinado derecho constitucional. Reconociéndose además un límite temporal de invocación que podría ser, necesariamente por lo menos hasta que todas las acciones,

¹²⁰ Miguel Hernández, op. cit., pp. 201-202

¹²¹ Artículo 94 de la Constitución de 2008: “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.”

¹²² Artículo 87 de la Constitución de 2008: “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.”

ordinarias o extraordinarias, resuelvan el fondo de la cuestión que vulnera o pueda vulnerar determinados derechos constitucionales.¹²³

De entenderse de otra forma, nos ubicaría simplemente frente a un acto de *desobediencia a la autoridad*, porque las ejecuciones de las resoluciones judiciales quedarían a la voluntad de los perjudicados por ella, que de tener éxito en la invocación de la resistencia burlarían la aplicación de la justicia, con graves perjuicios para la parte beneficiada por la resolución controvertida; se estaría creando inseguridad jurídica. Y sobre todo se estaría desnaturalizando la resistencia, pues como se mencionó en líneas anteriores, el contenido de la resistencia es ser el “primer derecho” para la protección de los “otros derechos”, y no la inconformidad de una parte procesal.

2.2. Limitaciones al Derecho a la Resistencia

2.2.1. Limitaciones de índole constitucional

Si partimos de la idea esgrimida en el primer capítulo respecto a la íntima relación existente en el Ecuador entre la protesta social y el derecho a la resistencia, resultaría preciso mencionar que en el ámbito constitucional, los actos de protesta social en todo su contexto, coincidiendo con Roberto Gargarella, habrían dado lugar a una controversia en la que se pondrían en juego, tanto los intereses de los participantes de la protesta, frente a una idea de orden¹²⁴ que estaría vinculada con el ejercicio de los derechos constitucionales de quienes no participan o no son parte de las manifestaciones; en especial porque no existirían derechos absolutos.

¹²³ Pfr. Marco Elizalde y Javier Flores, op. cit., p.116

¹²⁴ Roberto Gargarella, “Entre el derecho y la protesta social”, en Ecuador Debate: *revista especializada en ciencias sociales*, No. 83, Quito, Ecuador Debate. Centro Andino de Acción Popular, Consejo Editorial, 2011.p.75.

En esta línea, se podrían asumir entonces como presupuestos que la invocación de la resistencia colectiva a través de la protesta consistiría principalmente en actos pacíficos como la interrupción del tránsito normal de una vía de comunicación -corte de rutas- o en el de ocupar espacios públicos, esto es de plazas, parques, a las afueras de instituciones públicas, pero teniendo como horizonte de proyección la obtención de mejores condiciones de vida o el evitar una vulneración o posible vulneración de derechos fundamentales. En este escenario, el derecho de libertad de expresión podría ser el soporte normativo de la petición, aunque resultaría habitual que existan otros derechos constitucionales que darían anclaje al reclamo, como por ejemplo: el derecho a la vida e integridad física (artículos 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-), el principio de legalidad en materia penal (artículo 76 numeral 3 de la Constitución Ecuatoriana), el derecho de reunión y a manifestar libremente (artículos 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH- y 66 de la Constitución de Montecristi) y en el caso ecuatoriano adicionalmente el derecho a la resistencia (artículo 98).

Del otro lado se encontrarían, los derechos constitucionales de los habitantes que no participarían de la protesta pública y serían perjudicados -eventualmente y en alguna forma- por su realización, como por ejemplo: el derecho de libertad de tránsito, derecho a acceder a los diferentes servicios públicos (salud, educación, etc.) ; y una relación de éstos con la potestad del Estado para mantener el orden, la que resultaría plenamente identificada con la idea de *“los derechos que representa el Estado”*, pues como plantea Malberg Carré, el Estado debe su razón de ser a la voluntad humana, que es su razón de ser; por lo tanto, vive en un mundo jurídico cuya misión es representar los intereses colectivos y como consecuencia de aquello es diferente a sus miembros, como también sujeto de poderes y derechos. En esta línea, la actuación esencial del Estado se activaría para que el

ordenamiento jurídico ampare la voluntad colectiva del individuo en defensa de sus derechos cuando el mismo Estado, las personas jurídicas privadas o los individuos los vulneren.¹²⁵

Así mismo, se podría entender que la acción de quienes resisten colectivamente afectarían de modo principal las reglas sobre las cuales se asienta un modelo de coexistencia democrática. Considerando que sus acciones se traducirían en un desconocimiento de los derechos de quienes no participan en la protesta. Tal lesión comportaría, además, el debilitamiento del principio de autoridad, situación que podría ubicar en un duro trance de supervivencia al régimen democrático.¹²⁶

Desde una primera aproximación, para Gustavo Ferreyra, la crítica a este aparente conflicto de derechos que surgiría en el ejercicio de la resistencia colectiva, estaría dirigida precisamente, contra el Estado, pues se pensaría que los derechos fundamentales de quienes protestan podrían ser entendidos como jerárquicamente superiores a la potestad o competencia del órgano que quiere imponer la sanción. Y que el derecho de libertad individual o colectiva tendría precedencia lógica frente al derecho de protección del Estado, pese a que es éste el que configura jurídicamente siempre a aquél.¹²⁷

Sin embargo, en el contexto ecuatoriano no sería posible aplicar el criterio de jerarquización de derechos, pues conforme lo establece la Constitución de 2008 todos los derechos constitucionales tienen *igual jerarquía* (artículo 11 numeral 6), es decir, no sería viable establecer como una posible solución a este aparente conflicto de derechos, que los derechos constitucionales de las personas que forman parte de los actos de protesta social

¹²⁵ Pfr. Malberg Carré, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica-Universidad Nacional Autónoma de México- Facultad de Derecho, México D.F., 2001, pp. 39-51.

¹²⁶ Ver, en este sentido, la opinión expresada por Gregorio Badeni *La convivencia democrática*, publicada en el diario *La Ley* del 19/9/2001, año LXV, número 179, pp. 1- 2.

¹²⁷ Ver, Gustavo Ferreyra, *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 272.

en los que se invoca la resistencia colectiva prevalezcan a los derechos constitucionales que les asisten a quienes en franca mayoría no participarían de la manifestación y quisieran utilizar la vía de tránsito o el espacio público que está siendo ocupado por los resistentes.

De igual manera, se debería considerar que la invocación del derecho a la resistencia colectiva en los diferentes actos de protesta haría visible la relación que existiría entre éste con el derecho constitucional a la libertad de expresión, desde luego enmarcado por los derechos de reunión. La vinculación de estos derechos de libertad estaría fijado por las disposiciones constitucionales que prescriben en primer lugar, el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones (artículo 66 numeral 6); en segundo lugar, el derecho a asociarse, reunirse¹²⁸ y manifestarse en forma libre y voluntaria (artículo 66 numeral 13); y, en tercer lugar, el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas (artículo 66 numeral 23).

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional ecuatoriano a los derechos de libertad que se vincularían con el derecho a la protesta pública y de ésta con la resistencia colectiva, se complementaría y fortalecería por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues serían varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la protesta social. Así por ejemplo, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión está recogido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH- y el artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -DADH-. A ello podrían sumarse el derecho a la libertad de asociación con fines sociales

¹²⁸ La Constitución ecuatoriana a diferencia de las constituciones de otros países no dice nada respecto a lo que debe entenderse entre el derecho de manifestación (reunión de personas que recorren las calles para reclamar o protestar por algo) y concentración (reunión de personas en un solo punto para reclamar o protestar por algo); de manera general reconoce los derechos a expresarse, asociarse, reunirse, y manifestarse libremente. Dra. Claudia Storini, exposición en clase UASB, febrero 2013, ponencia inédita.

(artículo 16 de la CADH), el derecho de reunión pacífica y sin armas (artículo 15 de la CADH) y el derecho de petición (artículo 24 de la DADH).

En relación a los derechos de libertad, Luigi Ferrajoli, sostiene que las constituciones del siglo XX conjugarían derechos de libertad -que serían derechos o facultades de comportamientos propios a los que corresponderían prohibiciones o deberes públicos de no hacer-, que serían derechos o expectativas de comportamientos ajenos a los que deberían corresponder obligaciones o deberes públicos de hacer.¹²⁹

Para Robert Alexy, existiría libertad jurídica sólo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción, las *posibilidades* para hacer algo, la cual el autor denominaría "libertad negativa"¹³⁰; aquí se requeriría sobre todo una omisión del Estado, es decir, una acción *negativa* para asegurar la libertad jurídica.¹³¹

De esta manera, la libertad "protegida" para Alexy sería aquélla que está vinculada a un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar acciones permitidas. En este sentido las libertades iusfundamentales serían libertades protegidas.¹³²

En esta línea, podríamos manifestar entonces que el *derecho de reunión* emanaría de la esfera de la libertad y sería una forma de la libertad de locomoción y de la libertad de opinión, pues para reunirse los participantes se darían cita en un lugar al que se concurren por sus propios medios y de manera voluntaria¹³³. De esta manera, el derecho de reunión pública o política supondría también el de manifestar, por ello el artículo 21 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa que "toda persona

¹²⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 862.

¹³⁰ Pfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 214.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 215.

¹³² *Ibíd.*, pp. 224-226.

¹³³ Pfr. Daniela Salazar Marín, op. cit., p. 30.

tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria en relación con sus intereses comunes de cualquier índole”

En relación a la regulación del uso de los espacios públicos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ésta no podría comportar exigencias que restrinjan excesivamente el ejercicio del derecho de manifestación pacífica y su finalidad no podría ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida.¹³⁴ Por su parte, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, respecto a una posible limitación al derecho de manifestación, ha señalado:

La exigencia de una notificación previa a la manifestación no vulnera ni el derecho a la libertad de expresión ni el derecho a la libertad de reunión. (...) Sin embargo, *la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales*. Es decir, un argumento no puede degenerar un permiso porque considera que es probable que la manifestación va a poner en peligro la paz, la seguridad o el orden público, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la manifestación (hora, lugar, etc). Las limitaciones a las manifestaciones públicas solo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes, no bastando un peligro eventual”¹³⁵ (la cursiva es mía)

¹³⁴ Al respecto, véase: CIDH, *Informe sobre la Situación de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en las Américas*, 7/03/2006, párrafos 55-63. Véase también: CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 30/12/2009, párrafo 142. En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que el requisito de que se notifique a la policía antes de realizar una manifestación pública, no es incompatible con el artículo 21 del Pacto, sin embargo, encontró que el Estado de Finlandia era responsable de violaciones a los derechos humanos en un caso en el cual la restricción a una manifestación no pudo justificarse en motivos de seguridad nacional o seguridad pública, orden público, protección de la salud y la moral públicas o los derechos o libertades de los demás. Véase: ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Kivenmaa c. Finlandia, decisión del 10 de junio de 1994, disponible en www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf, Comunicación No. 412/1990, Finlandia 10/06/1994.

¹³⁵ CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005, capítulo V: Las Manifestaciones Públicas como Ejercicio de la Libertad de Opinión y Libertad de Reunión, 27/02/2006, párrafo 94.

En lo que atañe al *derecho de asociación*, éste consistiría en la facultad que tienen los seres humanos de asociarse, es decir, poner en común ya sea sus bienes, sus valores, su trabajo, su actividad, sus fuerzas individuales o cualesquiera otros bienes y/o derechos, para un fin desinteresado o no, intelectual, económico, artístico, etc.¹³⁶

A criterio de Rafael Bielsa, este derecho tendría mayor importancia que el de reunión, no sólo por la inclinación natural que el hombre tiene hacia la forma de sociedad y de asociación, sino porque por este derecho, se obtendrían ventajas que aisladamente no se tendría, es decir, se alcanzaría la realización de fines determinados. Como el derecho de asociarse emana también del derecho de libertad, se complementaría con el derecho a la libertad de reunión, de expresión y de protesta.¹³⁷

Si consideramos, que la *libertad de expresión* se manifiesta también en el derecho a la protesta que está plenamente relacionado con la invocación de la resistencia, se la podría entender como “la facultad o pretensión garantizada para hacer público, a transmitir, a buscar, a difundir y a exteriorizar, en cualquier sitio, ideas, opiniones, críticas, imágenes, creencias, a través de cualquier medio: oralmente; mediante símbolos y gestos; en forma escrita; a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión; en la expresión artística, etcétera; es decir, por cualquier medio existente en la actualidad o que aparezca en el futuro.”¹³⁸ De esta manera, este derecho sería esencial en la lucha para el respeto y promoción de todos los derechos humanos; pues sin la habilidad de opinar libremente, de denunciar injusticias y clamar cambios, el hombre podría quedar condenado a la opresión.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- y la Corte Interamericana han subrayado en su jurisprudencia que la importancia de la libertad de

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ Pfr. Rafael Bielsa, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 42

¹³⁸ Germán Bidart, *Manual de la Constitución Reformada*, T.II, Ediar, Buenos Aires, 1998, pp. 11 - 14.

expresión dentro del catálogo de los derechos humanos se deriva también de su relación estructural con la democracia.¹³⁹ Por ello, para que una determinada limitación a la libertad de expresión sea compatible con el artículo IV de la Declaración Americana y el artículo 13 de la Convención Americana, la CIDH y la Corte Interamericana, exigen tres requisitos: (a) que sea definida en forma precisa y clara a través de una ley en sentido formal y material¹⁴⁰; (b) que persiga objetivos autorizados por la Convención¹⁴¹; y (c) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue¹⁴², estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida¹⁴³ e idónea para lograr tales objetivos¹⁴⁴.

Además, se ha establecido que ciertos tipos de limitación son contrarios a la Convención Americana; de allí que las limitaciones impuestas no pueden equivaler a censura¹⁴⁵ -por lo cual han de ser establecidas mediante responsabilidades ulteriores por el

¹³⁹ Cfr. Caso de Claude Reyes y otros, *supra* nota 9, párr. 85; Caso Herrera Ulloa, *supra* nota 9, párrs. 112 y 113; Caso Ricardo Canese, *supra* nota 9, párrs. 82 y 83; Caso Ivcher Bronstein, *supra* nota 9, párr. 152; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), *supra* nota 9, párr. 69; Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, párr. 113; Caso Ríos y otros, *supra* nota 9, párr. 105; Caso Perozo y otros, *supra* nota 9, párr. 116; Caso Usón Ramírez, *supra* nota 9, párr. 47; Opinión Consultiva La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 8 párr. 70.

¹⁴⁰ Cfr. Opinión Consultiva La Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), *supra* nota 8, párr. 59; Caso Kimel, *supra* nota 9, párr. 63; Caso Claude Reyes, *supra* nota 9, párr. 89; Caso Herrera Ulloa, *supra* nota 9, párr. 121; Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, párr. 116; Caso Usón Ramírez, *supra* nota 9, párr. 49. Véase también, CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 17 de febrero de 1995. 88º período de sesiones; CIDH. Informe No. 11/96. Caso No.11.230. Francisco Martorell. 3 de mayo de 1996.

¹⁴¹ Cfr. Caso Palamara Iribarne, *supra* nota 9, párr. 85; Caso Herrera Ulloa, *supra* nota 9, párrs. 121 y 123; Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, párr. 116; Caso Usón Ramírez, *supra* nota 9, párr. 49; Opinión Consultiva La Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), *supra* nota 8, párr. 43.

¹⁴² Cfr. Caso Herrera Ulloa, *supra* nota 9, párrs. 121 y 123; Opinión Consultiva La Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), *supra* nota 8, párr. 46; Caso Kimel, *supra* nota 9, párr. 83; Caso Palamara Iribarne, *supra* nota 9, párr. 85; Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, párr. 116; Caso Usón Ramírez, *supra* nota 9, párr. 49.

¹⁴³ *Idem*. Véase también, CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 17 de febrero de 1995. 88º período de sesiones.

¹⁴⁴ Cfr. Caso Kimel, *supra* nota 9, párr. 83; Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, párr. 116; Caso Usón Ramírez, *supra* nota 9, párr. 49.

¹⁴⁵ Cfr. Caso Kimel, *supra* nota 9, párr. 54; Caso Palamara Iribarne, *supra* nota 9, párr. 79; Caso Herrera Ulloa, *supra* nota 9, párr. 120; Caso Tristán Donoso, *supra* nota 9, párr. 110. Véase también, CIDH. Alegatos

ejercicio abusivo del derecho¹⁴⁶-, no pueden ser discriminatorias ni producir efectos discriminatorios¹⁴⁷, no se pueden imponer a través de mecanismos indirectos de restricción¹⁴⁸ y deben ser excepcionales¹⁴⁹. Los jueces deben asegurar también que no se esté invocando una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del “orden público”, como medio para suprimir, desnaturalizar o privar de contenido real el derecho a la libertad de expresión.¹⁵⁰

En este contexto, el Estado estaría llamado a proteger el derecho a libertad de expresión que se manifestaría en la protesta pública, pues ésta en principio, no podría ser entendida como otra cosa que un acto donde se desarrolla también un debate público de ideas y propuestas; por más débiles o inconsistentes que puedan parecer; pues el debate público sería una escena vital para la democracia. En este escenario, Marco Navas, considera que el término “insurgente” para describir aquellos procesos que desde su significativa fuerza comunicativa, la que se caracterizaría por ser fundamentalmente crítica, no solo permiten una intensa discusión del problema alrededor del cual se construyen, sino que inciden de forma determinante en su resolución; sin embargo, a diferencia de una insurgencia conceptualizada de forma tradicional, se la desvincula del uso de medios violentos o fuerza material, para asociarla de manera más amplia a una variedad de formas

ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Ricardo Canese v. Paraguay*. Transcritos en la sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111.

¹⁴⁶ Cfr. Caso *Kimel*, *supra* nota 9, párr. 54; Caso *Palamara Iribarne*, *supra* nota 9, párr. 79; Caso *Tristán Donoso*, *supra* nota 9, párr. 110; Caso *Usón Ramírez*, *supra* nota 9, párr. 48. Véase también, CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. 3 de mayo de 1996. CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 17 de febrero de 1995. 88º período de sesiones.

¹⁴⁷ Cfr. Caso *López Álvarez*, *supra* nota 9, párr. 170; Caso *Ríos y otros*, *supra* nota 9, párr. 349; Caso *Perozo y otros*, *supra* nota 9, párr. 380.

¹⁴⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 13.3. Cfr. Opinión Consultiva *La Colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), *supra* nota 8, párr. 47.

¹⁴⁹ Cfr. Caso *Kimel*, *supra* nota 9, párr. 54.

¹⁵⁰ Véase: CIDH, Capítulo V, Informe Anual 1994, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

activas de enfrentamiento contra situaciones de inequidad, es decir con la vía de fuertes procesos de discusión pública.¹⁵¹

Por lo tanto, el Estado y los operadores de justicia deberían recordar que no sería admisible cualquier limitación a la invocación del derecho a la resistencia colectiva, pues al ser un derecho que se manifiesta en la protesta pública, únicamente podría admitirse una restricción al derecho a la protesta pacífica cuando resultara necesario para proteger otro bien jurídico o derecho de mayor relevancia, como sería el caso de los derechos a la vida e integridad personal.¹⁵² La Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- ha entendido que “la participación de las sociedades a través de la manifestación pública (...), como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado una marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho.”¹⁵³

Asimismo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha reconocido que las huelgas, los cortes de ruta, el copamiento del espacio público e incluso los disturbios que se pueden presentar en las protestas sociales podrían generar molestias o incluso daños que serían necesario prevenir y reparar. Sin embargo, los límites desproporcionados de la protesta en particular cuando se tratarían de grupos que no tienen otra forma de expresarse públicamente, comprometerían seriamente el derecho a la libertad de expresión.¹⁵⁴

Si consideramos que en el Ecuador, las protestas o movilizaciones sociales que estarían caracterizadas principalmente por el cierre de vías, han sido, por lo general la única

¹⁵¹ Pfr. Marco Navas, *Lo público insurgente. Crisis y construcción de la política en la esfera pública*, Primera Edición, Quito, Editorial Quipus, CIESPAL, 2012, pp. 98 – 99.

¹⁵² Pfr. Daniela Salazar, op. cit., p. 101.

¹⁵³ CIDH, *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005*, párrafo. 91.

¹⁵⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. La agenda de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: problemas persistentes y desafíos emergentes.

forma a través de la cual ciertos grupos tradicionalmente excluidos han conseguido reivindicar sus derechos o al menos han logrado que sus puntos de vista pasen a formar parte del debate público. Por ello, el gobierno debería considerar que así los diferentes actos de protesta social no fueren pacíficos, el límite de las medidas empleadas debería ser proporcional luego del análisis de cada caso;¹⁵⁵ pues como establece García Amado, “las limitaciones no pueden ir más allá de lo que exija el interés general que las legitima, por lo que los medios empleados deben ser apropiados para ese fin de interés general y no deben ser desproporcionados”.¹⁵⁶

En esta línea, el aparente problema de confrontación de derechos planteado en líneas anteriores, podría ser zanjado si los operadores de justicia ecuatorianos en observancia a lo determinado por la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -estándares derecho de libertad de expresión, asociación y reunión-, consideran que no resultaría admisible cualquier limitación a la invocación del derecho a la resistencia que se manifiesta en la protesta pública; y que en el análisis de cada caso que sea puesto a su conocimiento, se debería realizar un ejercicio de ponderación para evitar la vulneración de derechos de las partes.

La ponderación es un método de interpretación constitucional que consistiría en sopesar dos derechos constitucionales en conflicto dentro de un caso concreto, con el objeto de que atendiendo a los elementos fácticos y particularidades de cada caso, el intérprete constitucional le otorgue una primacía de un derecho por sobre el otro. Esto porque los conflictos entre el ejercicio de derechos constitucionales no podrían resolverse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos.

¹⁵⁵ Pfr. Daniela Salazar, op. cit., p. 102.

¹⁵⁶ Robert Alexy, *Derechos Sociales y Ponderación*, Edición Fontamara, México, 2010, p. 103.

Conforme lo destaca Robert Alexy "La ponderación resulta indispensable cuando el cumplimiento de un principio significa el incumplimiento del otro, es decir, cuando un principio únicamente puede realizarse a costa del otro: para estos casos puede formularse la siguiente ley de la ponderación: Cuando mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro."¹⁵⁷

Ese principio general de proporcionalidad, constaría de tres sub principios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A criterio de Alexy, los dos primeros estarían relacionados con las perspectivas fácticas de optimización de los derechos en conflicto, mientras que el tercero se referiría a las perspectivas jurídicas de optimización.¹⁵⁸

Carlos Bernal Pulido, en el mismo sentido, manifiesta que:

*"(...) En el estado constitucional no puede valer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino solo aquellas restricciones que sean: idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implantación representa y los perjuicios que ella produce."*¹⁵⁹ (la cursiva es mía)

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 103.

¹⁵⁸ Robert Alexy, "Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad", en: *Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., El Cánón Neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 104.

¹⁵⁹ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 82.

Así mismo, para llevar adelante este acometido, el operador de justicia debería tomar en cuenta el principio conocido como "axiología móvil" de los derechos constitucionales, mediante el cual los derechos se encuentran en una dinámica permanente, o como lo destaca Gustavo Zagrebelsky, el derecho es dúctil. En aquel sentido, si bien en el constitucionalismo ecuatoriano no existe una jerarquía de derechos, dentro de la interpretación se podría acudir para casos concretos a una categoría denominada jerarquía axiológica móvil.¹⁶⁰

Este planteamiento sería compartido también por Ricardo Guastini, quién respecto a la axiología móvil manifiesta que “la técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver los conflictos entre principios constitucionales es al que se conoce como “ponderación”. La ponderación consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil”¹⁶¹.

Conforme lo expresado, se podría destacar que en un ejercicio de ponderación, los operadores de justicia no realizaría ponderaciones en abstracto de manera definitiva y con un efecto *erga omnes*, tampoco podría aplicar el criterio de *lex specialis*, decidiendo que uno de los dos derechos sea la excepción del otro siempre y en todas las circunstancias; sino que atendiendo a las peculiaridades de cada caso, se establecería un valor jerárquico móvil aplicable al caso concreto puesto a su conocimiento.¹⁶² El conflicto, entonces, no se resolvería definitivamente, pues “cada solución vale para una sola controversia particular,

¹⁶⁰ “Una jerarquía axiológica es una relación de valor creada (no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes, sino) por el juez constitucional, mediante un juicio de valor comparativo, o sea, un enunciado que tiene la fórmula lógica: “El principio P1 tiene más valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía axiológica se traduce en otorgarle a uno de los dos principios en conflicto un *peso*, una importancia ético-política, mayor respecto del otro. [...] Una jerarquía móvil, por otro lado, es una relación de valor inestable, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (para una clase de casos), pero que podría invertirse -y que con frecuencia se invierte- en un caso concreto diferente”. Ver Ricardo Guastini, *Teoría e Ideología de la Interpretación*; Editorial Trotta. Madrid, 2008, p. 89.

¹⁶¹ Ricardo Guastini, *Teoría e Ideología de la Interpretación*; Editorial Trotta. Madrid, 2008, p. 88.

¹⁶² Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Sentencia No. 067-12-SEP-CC, Caso No.1116-10-EP, 27 de marzo de 2012.

ya que ninguno puede prever la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras”.¹⁶³

2.2.2. Limitaciones de índole legal

A pesar de la amplia protección constitucional, el contexto social ecuatoriano nos permitiría entender que el derecho penal -protección legal-, podría estar siendo utilizado con demasiada frecuencia para restringir o limitar los derechos a la resistencia y la protesta pública a través de la iniciación de juicios penales y la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizarían la protesta como medio de expresión. Así, desde una óptica legalista diferentes disposiciones normativas -tipos penales- podrían a criterio de varios tratadistas estar configurándose como limitaciones a la invocación del derecho a la resistencia colectiva.¹⁶⁴

Entonces, previo a referirnos a estos tipos penales en un escenario de criminalización de la protesta social ecuatoriana, sería de gran importancia mencionar que uno de los hitos que marcó el trabajo de la Asamblea Constituyente podría ser el reconocimiento de procesos de persecución y criminalización en contra de varias personas y colectivos en distintos gobiernos que participaron de protestas sociales y a quienes se les iniciaron juicios penales con el objeto de sancionar su participación en las mismas¹⁶⁵. Así, el 14 de marzo de 2008 se aprobó la Amnistía No. 4 que suspendió los procesos penales que se llevaban

¹⁶³ Pfr. Ricardo Guastini, *Teoría e Ideología de la Interpretación*; Editorial Trotta. Madrid, 2008, p. 89.

¹⁶⁴ Daniela Salazar, op. cit., p. 140.

¹⁶⁵ Como ejemplos se pueden mencionar el siguiente caos: 1) 17 activistas que se había instalado en la zona más frágil del Bosque Protector Mindo Nambillo para impedir el avance de la construcción del OCP (2002), 2) pobladores del barrio El Rosal, parroquia Tambillo, provincia de Pichincha, se opusieron a la instalación de un tendido electrónico de alta tensión (2007), 3) pobladores de Pindo, provincia de Orellana, afectados por la compañía Petroriental, se resistieron a su construcción (2006), 4) miembros de las comunidades del cantón Limón Indanza, afectadas por la empresa Sipetrol, (2006). Ver en Daniela Salazar, “El derecho a la Protesta social en el Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?- Derecho Penal y Libertad de Expresión en América Latina/ compilado por Eduardo Andrés Bertoni*, Primera Edición, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2010, pp. 112-120.

en contra de varios defensores y defensoras de derechos humanos y de la naturaleza, eliminó la responsabilidad penal existente y ordenó su inmediata excarcelación en caso de que, al momento de la amnistía, estuvieren privados de la libertad.¹⁶⁶

En este acto jurídico, se habría reconocido que varios hombres y mujeres habían sido reprimidos y luego enjuiciados por delitos políticos y delitos comunes conexos con los políticos¹⁶⁷ convertidos en acciones de movilización en defensa de la vida, de los recursos naturales y el ambiente; independientemente que dichos procesos judiciales hayan sido interpuestos por compañías nacionales y extranjeras, por intermediarios de éstas e incluso por funcionarios públicos.¹⁶⁸

Por lo tanto podría pensarse entonces, que las amnistías dejaron la puerta abierta para discutir sobre los procesos de criminalización penal en Ecuador. Sin embargo, resultaría necesario advertir que, con posterioridad a su otorgamiento, varios de los beneficiarios junto con otras personas habrían sido criminalizados como resultado de la continuación en las acciones de movilización y resistencia, un ejemplo de ello podría ser el caso de los dirigente indígenas de la CONAIE Y ECUARUNARI que habrían resistiendo ante la aprobación de la Ley de Minería y a la Ley de Aguas.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Para acceder a todas las Amnistías dictadas por la Asamblea Nacional revisar: <http://bit.ly/AmnistiasAC>. último acceso: 14 de diciembre de 2014.

¹⁶⁷ En los considerandos de la Amnistía se mencionaron varios de los delitos penales en los que se fundamenta la persecución y criminalización entre ellos: organización de manifestaciones públicas sin permiso; sabotaje y terrorismo; rebelión y atentados contra funcionarios públicos; obstáculos a la ejecución de obras públicas; asociación ilícita; instigación a delinquir; apología del delito; incendio y otras destrucciones, daños y deterioros; delitos contra la propiedad (como hurto, robo o usurpación); delitos contra medios de transporte; paradójicamente delitos contra el medio ambiente; delitos contra las personas (sea contra la vida, por lesiones, plagio o secuestro).

¹⁶⁸ Primer y segundo considerando de la Amnistía General No. 4. <http://bit.ly/AmnistiaCriminalizados>, último acceso: 5 de diciembre de 2014.

¹⁶⁹ Un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo comprobó que hasta 2010 la ejecución de las amnistías no había sido integral: “en tres casos referidos a defensores de derechos humanos y de la naturaleza (...) las autoridades judiciales se han negado a aplicar las resoluciones de la Asamblea Constituyente. Así mismo, es preciso señalar que en varios casos beneficiados con las amnistías, si bien se archivaron los procesos que en ese momento se encontraban ventilándose ante las autoridades judiciales correspondientes, posteriormente se iniciaron otros procesos judiciales en los mismos contextos de defensa del agua, las tierras y territorios, en contra de las mismas personas que fueron amnistiadas”. Defensoría del Pueblo de Ecuador. *Los escenarios*

En esta línea de reflexión, se señalaría que las normas vigentes hasta comienzos de 2014 en Ecuador en torno a sabotaje y terrorismo padecerían de vaguedad e indeterminación suficiente como para hacer de ellas un uso arbitrario en la persecución penal. Estas normas -que habrían sido introducidas en el Código Penal por gobernantes militares en marzo de 1965- permitirían incluir bajo la figura del sabotaje la interrupción de un servicio público o de un proceso productivo, y considerar actos terroristas no sólo la resistencia a la fuerza pública sino incluso el simple hecho de constituir una organización con fines sociales. Por ello, según Pásara¹⁷⁰ se podría llegar a pensar que la imprecisa amplitud de los dispositivos legales estaría permitiendo el procesamiento de activistas de derechos humanos y de dirigentes sociales contrarios a políticas de gobierno; asimismo, el uso de la justicia penal contra unos y otros podría ocasionar su silenciamiento o, cuando menos, una forzada contención de su actuación.¹⁷¹ Por lo tanto, resultaría menester en las líneas siguientes intentar realizar una aproximación a estos tipos penales, sabotaje, terrorismo y ataque o resistencia con el objeto de poder establecer si efectivamente podría ser entendidos como una limitación a la invocación del derecho a la resistencia.

2.2.2.1. Terrorismo

El término “terrorismo” comenzaría a usarse en el siglo XIX referido a los individuos o grupos políticos que recurrieron al atentado contra los representantes conspicuos del orden burgués. Los populistas rusos y algunos anarquistas consideraron el acto terrorista no sólo como un medio para transformar la sociedad, sino también como una forma de

de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: desafíos para un Estado constitucional de derechos, 2011. Quito, p. 37.

¹⁷⁰ El Informe: Independencia Judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana, publicado por Luis Pasara fue duramente criticado por el ejecutivo, en razón de estar vinculado con la petrolera Chevron. Ver. <https://redacción.lamula.pe2014/10/14>

¹⁷¹ Pfr. Luis Pasara, *Informe: Independencia Judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, 2014, p. 82.

autoafirmación. Pero el terrorismo ha sido utilizado también por el Estado contra los ciudadanos como medio ilegal para combatir la violencia o aumentar la coerción.¹⁷²

Uno de los más conocidos actos terroristas podría ser el Incendio del Reichstag (parlamento alemán) ocurrido el 27 de Febrero de 1933. Este auto-atentado fue el justificativo necesario para que el nazismo cumpliera dos objetivos: hacerse con el poder total en Alemania y perseguir a sus opositores políticos, principalmente comunistas y socialistas en ese momento. Y en el presente milenio, el acto terrorista más influyente calificado como terrorista sería el ocurrido en Estados Unidos el 11 de Septiembre de 2001. Este acontecimiento representaría el punto de partida para la legislación antiterrorista que actualmente se expande en el mundo.¹⁷³

Por otro lado, ninguna de las normas establecidas por los organismos internacionales define explícitamente qué es el terrorismo. La Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo de 1937, no definió al terrorismo sino lo que debíamos entender como actos terroristas: “hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror en personalidades determinadas, en grupos de personas o en el público.”¹⁷⁴ Dentro de nuestro derecho interno, tampoco se habría establecido una definición de terrorismo.

En palabras de Jan Schreiber, el terrorismo sería “(...) un acto político cometido generalmente por un grupo organizado que implica la muerte o amenazas de muerte para no combatientes (...) lo que convierte en político el acto terrorista es su motivo y enfoque: tiene que ser el intento de quienes lo perpetran, dañar o alterar radicalmente al Estado.”¹⁷⁵

¹⁷² Ver, Leyes del Terror, Red ECO, Argentina, 2007.

¹⁷³ *Ibíd.*

¹⁷⁴ Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo, Ginebra, 16 de Noviembre de 1937.

¹⁷⁵ Bolívar Torres, “El derecho internacional público frente al delito de terrorismo”, Quito, 1998, en: <http://www.afese.com/img/revistas/revista47/delitoterror.pdf>

A criterio de Ernesto Albán, se caracterizaría al terrorismo como los actos de violencia dirigidos contra las personas (en algunos casos previamente determinadas; en otros, contra personas indeterminadas), los bienes (igualmente determinados o no) o servicios públicos; como delitos pluriofensivos, pues afectan de manera simultánea a varios bienes jurídicos: la vida, la integridad física y la libertad de las personas; la propiedad, la seguridad pública; y, en último término, la seguridad del Estado. Los titulares de estos bienes jurídicos son los sujetos pasivos de los delitos; como propósito de provocar terror o intimidación general en la población (fin inmediato). Como un móvil, principalmente político, pero que puede presentar, alternativa o simultáneamente, matices ideológicos, sociales, religiosos o de otro carácter (fin mediato).¹⁷⁶

En nuestro país el Código Penal Ecuatoriano anterior, en su Libro II, De los Delitos en Particular, Título I, De los Delitos Contra la Seguridad del Estado, Capítulo IV; tipificaba los delitos de sabotaje y terrorismo. Así, el terrorismo se encontraba tipificado en el artículo 160:

“El que con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas o de los bienes, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere, arrojar, usare, o introdujere al país armas, municiones o bombas explosivas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de 4 a 8 años y multa de cuatrocientos cuarenta y dos a ochocientos ochenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (...).” (la cursiva es mía)

Por otro lado, el nuevo Código Orgánico Integral Penal -COIP-, aprobado por la Asamblea Nacional a fines de enero de 2014, publicado el mes siguiente y vigente a partir

¹⁷⁶ Ernesto Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Parte Especial, Quito, 2012, p. 16.

del 10 de agosto de 2014, no habría modificado el régimen normativo que estaría siendo utilizado para reprimir la protesta social. Así, el delito de “terrorismo” tipificado en el Libro Primero, La Infracción Penal, Capítulo Séptimo, Terrorismo y su financiación; aparecería definido de manera abierta en el artículo 366 del COIP:

“La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años, (...).” (la cursiva es mía)

En este contexto, se podría señalar que ni el contenido de esta disposición penal, ni la aplicación que se le estaría dando, guardarían relación con lo que se entendería por terrorismo y sabotaje en el derecho internacional. Así, una resolución aprobada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas define los actos terroristas como:

“los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito”¹⁷⁷

¹⁷⁷ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. Resolución 1566 (2004), 8 de octubre de 2004, numeral 3.

Entonces ante esta noción, se podría manifestar que existiría terrorismo cuando se trata de: 1) actos criminales, 2) cometidos para causar muerte, lesiones graves o toma de rehenes, 3) con el objetivo de provocar un estado de terror en la población u obligar a una autoridad a determinada acción u omisión.

En nuestro país, la convergencia de estos requisitos no aparecería con precisión en los actos de protesta social en los que se ha ejercido la resistencia; y, que han sido materia de procesos penales por el delito de terrorismo durante los últimos años; actos que sin duda, podrían incluir alteraciones del orden y algún grado de violencia menor, pero no por eso deberían ser entendidos dentro de este grave tipo penal. En especial porque Naciones Unidas, habría considerado también que “los Estados no deben abusar de la necesidad de combatir el terrorismo recurriendo a medidas que restrinjan innecesariamente los derechos humanos. La legislación debe tener salvaguardias claras para evitar abusos de las limitaciones de los derechos autorizadas a los Estados y, si éstos se producen, asegurar que existan recursos para remediarlos”¹⁷⁸

2.2.2.2. Sabotaje

La palabra sabotaje proviene etimológicamente del término francés *sabot*, que significa zueco de madera. Así, esta palabra habría sido empleada a partir de la acción que realizaron trabajadores franceses que laboraron en una fábrica de harina. En este conflicto

¹⁷⁸ Naciones Unidas, Mandatos de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos; del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo; del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; y del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Comunicación de 4 de octubre de 2013. Disponible en [https://spdb.ohchr.org/hrdb/24th/public_-_AL_Ecuador_04.10.13_\(2.2013\).pdf](https://spdb.ohchr.org/hrdb/24th/public_-_AL_Ecuador_04.10.13_(2.2013).pdf),

los trabajadores usaron sus zuecos hábilmente como cuñas para que no pudieran funcionar los molinos de moler el trigo.¹⁷⁹

A criterio de Anibal Guzmán Lara, el sabotaje, es “un acto de destrucción u obstrucción al proceso de producción o de prestación de servicios de orden público o privado, para alcanzar una finalidad ventajosa, realizado por grupos de obreros o trabajadores reunidos por un interés común”.¹⁸⁰

Para François Houtart el sabotaje sería toda acción deliberada de individuos o de organizaciones destinada a debilitar un adversario mediante daños o destrucciones materiales. Un acto de sabotaje puede acercarse al concepto de terrorismo, cuando pone en peligro la vida o la integridad física de civiles (caso de sabotaje de medios de transporte terrestre o aéreo).¹⁸¹

Desde una primera aproximación, se podríamos colegir que nos encontraríamos frente a un acto de sabotaje cuando un individuo u organización reacciona ante un elemento de descontento con acciones encaminadas a la destrucción y obstrucción a un proceso de producción o a la prestación de un servicio.

El anterior Código Penal Ecuatoriano habría tipificado el delito de sabotaje en los artículos: 156 prohibición de la paralización del servicio público de salud; 158 que reprimía con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años a todo aquel que “interrumpa o paralice servicios públicos (...) con el propósito de producir alarma colectiva” y 159 que sancionaba con prisión de uno a tres años al que “impidiere, organizare o perturbare la recolección, producción, transporte, almacenaje o distribución de materias primas, productos elaborados

¹⁷⁹ Ver en: [http://www.lahaine.org/hrdb/24th/public_-_AL_Ecuador_04.10.13_\(2.2013\).pdf](http://www.lahaine.org/hrdb/24th/public_-_AL_Ecuador_04.10.13_(2.2013).pdf).

¹⁸⁰ Anibal Guzmán, *Diccionario explicativo de derecho penal*, Tomo II, Quito, Editorial jurídica del Ecuador, 1989, p. 48.

¹⁸¹ *Ibíd.*

o extraídos, maquinarias o cualquier otro medio necesario para la producción, con el propósito de producir alarma colectiva”.

Así, una mala interpretación o aplicación de la norma -tipos penales- habría permitido que varios hechos que usualmente ocurrieron en acciones de movilización pública terminen encuadrándose en el delito de sabotaje; lo que podría evidenciar una intencionalidad de buscar reprimir vía penal a los diferentes movimientos sociales, quiénes a través de la protesta social, habrían conseguido modificar y hasta impedir políticas públicas que resultarían perjudiciales para la población.

Así mismo, se podría considerar que el abuso de las facultades de los órganos jurisdiccionales con el fin de sancionar la protesta social y a quienes invocarían la resistencia, a través de tipos penales con penas desproporcionadas, habrían sido los argumentos para que el Estado ecuatoriano busque modificar su legislación con miras a asegurar que las normas penales se ajusten a los estándares internacionales de libertad de expresión. Pretendiendo establecer de manera precisa y razonable los criterios necesarios para poder aplicar legítimamente el derecho penal contra las personas que hacen uso de su derecho a la protesta pacífica.¹⁸²

Sin embargo, el nuevo Código Orgánico Integral Penal -COIP-, tratándose del delito de sabotaje -Delito contra la Seguridad Pública-, en el artículo 345 lo habría circunscrito a actos de destrucción; es decir, sería un delito de estructura abierta, que desde una lectura sancionadora, podría también permitir a los operadores de justicia encasillar ciertos actos vinculados a protestas sociales dentro de este tipo penal:

“La persona que con el fin de trastornar el entorno económico del país o el orden público, destruya instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos,

¹⁸² Daniela Salazar, op. cit., p.143

canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro medio de transporte, bienes esenciales para la prestación de servicios públicos o privados, depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas destinadas a producción o al consumo nacional, vías u obras destinadas a la comunicación (...) será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La pena será privativa de libertad de siete a diez años si se destruye infraestructura de los sectores estratégicos.” (la cursiva es mía)

De esta manera, en esta norma penal -sabotaje- se encontrarían entonces tipificadas varias conductas tradicionales de la protesta social en el Ecuador como son el cierre de una vía de comunicación o la toma de una dependencia pública; así mismo se podría decir que los términos que serían usados serían tan ambiguos como el vocablo “violencia” que podría abarcar un contexto tan amplia que va desde la quema de unas llantas hasta la confrontación directa con las fuerzas del orden.

Algo semejante surgiría en relación con los delitos contra la propiedad, al definirse en el artículo 204, el “daño a bien ajeno” y detallar en su primer numeral un posible objetivo de las movilizaciones sociales:

“La persona que destruya, inutilice o menoscabe un bien ajeno será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses. Será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Si por el daño provocado paraliza servicios públicos o privados. (...)”. (la cursiva es mía)

Así mismo, el delito de “paralización de un servicio público” -que en su formulación previamente vigente fue utilizado en varios procesos iniciados contra los protagonistas de protestas-, habría sido también tipificado en el nuevo Código Orgánico Integral Penal por

el artículo 346, que probablemente contendría una definición lo suficientemente amplia como para ser usada judicialmente respecto a actos de protesta:

“La persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público o se resista violentamente al restablecimiento del mismo; o, se tome por fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”. (la cursiva es mía)

2.2.2.3. Ataque o resistencia

El delito de ataque o resistencia sería un tipo penal propio del ordenamiento penal ecuatoriano introducido en el nuevo Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, desde un criterio general se podría pensar que este delito podría presentar características semejantes al tipo penal “atentado y resistencia” prescrito tanto en el ordenamiento jurídico penal española como en la argentina.

Así, el fundamento empleado en la legislación argentina y española para introducir el tipo penal de “atentado y resistencia”, sería que en el ejercicio de sus funciones el empleado público debe ser libre de tomar decisiones dentro del marco de la ley. Si alguien atenta o se resiste a su autoridad legítimamente desempeñada, ella se menoscabaría o se perdería, y con ello se quebrantaría la organización y buen funcionamiento del Estado. Es por ello que dentro de los delitos contra la Administración Pública, el Código Penal argentino contempla en sus artículos 237 a 243, el de “atentado y resistencia contra la autoridad” y en España está legislado entre los delitos contra el Orden Público en el artículo 550 y siguientes.

De esta manera, el artículo 237 del Código Penal argentino castiga a quien use intimidación o fuerza (sin tocarlo, pues esto sería un agravante) contra un funcionario

público o contra quien lo asista, para doblegar su voluntad, y lograr que se ejecute un acto o se omita, y ese accionar sea el propio del funcionario que recibe la agresión. La pena que le corresponde es de un mes a un año de prisión. En España la pena que impone el artículo 550 por un delito similar es la de prisión de dos a cuatro años más multa si es contra la autoridad (se agrava si es una autoridad gubernamental, legislativa o judicial) y de uno a tres años de prisión si se trata de agentes o funcionarios públicos.

El artículo 238 del Código Penal argentino, menciona como agravantes, que elevan la pena de prisión a entre seis meses y dos años: si se comete a mano armada (no es necesario que el arma esté cargada, basta que sea usada para intimidar); por más de tres personas; si el autor es funcionario público (en este caso se añade inhabilitación especial) y si pusiera sus manos sobre la autoridad.

En el caso ecuatoriano a diferencia del caso argentino y español, en términos generales, se podría decir que el denominado delito de “ataque o resistencia”, tipificado en el artículo 283 del Código Orgánico Integral Penal, con un contenido amplio estaría ubicado dentro de los “Delitos contra la eficiencia de la Administración Pública”, el bien jurídico protegido podría ser la administración pública, es decir, la sanción de éste delito tendría como fin garantizar la obediencia y respeto de los ciudadanos a la administración pública -poder coactivo del Estado-.

“La persona que ataque o se resista con violencias o amenazas a los empleados públicos, a los depositarios o agentes de la fuerza pública, a los comisionados para la percepción de los impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los decretos y fallos judiciales, a los guardas de las aduanas y oficinas de recaudación y a los agentes de policía, cuando obran en ejecución de las leyes, o de las órdenes o reglamentos de la

autoridad pública, serán sancionadas con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Si la conducta prevista en el inciso anterior ha sido cometida por muchas personas y a consecuencia de un concierto previo, serán sancionadas con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En los casos de los incisos anteriores, si las personas, además, están armadas, serán sancionadas con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que incite a la Fuerza Pública a ejecutar las conductas anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad establecida para cada caso incrementada en un tercio. Si como consecuencia de la incitativa resulta un conflicto en el cual se producen lesiones, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años y si se produce la muerte, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.” (la cursiva es mía)

Este tipo penal, propio del ordenamiento penal ecuatoriano se caracterizaría porque consideraría como un gravante de la pena, el hecho de que sea cometido por un grupo de personas. Por su contenido el delito de ataque o resistencia, parecería entonces destinado a maniatar frente a la policía a los manifestantes y grupos movilizados de protesta pública, en contra del derecho de resistencia que se encuentra reconocido en el artículo 98 de la Norma Suprema.

En este contexto, respecto a las limitaciones de índole legal se podría mencionar, que en algunos de los artículos penales señalados la actuación de la colectividad sería considerada como un agravante de la pena, de esta manera estas disposiciones normativas serían como una red jurídico-policial en la cual podría caber prácticamente cualquier persona; como lo dice Ramiro Ávila, el nuevo Código Orgánico Integral Penal sería

entonces una “máquina de represión”; pues esta trama jurídico-policial vulneraría el principio constitucional de presunción de inocencia e instauraría la culpa casi como condición de ontología política.¹⁸³

Así mismo, varios tratadistas como Juan Pablo Albán, Paulina Araujo, Ramiro Román y Luis Saavedra considerarían que el nuevo Código Integral Penal estaría en franca contradicción con la Constitución y lejos de responder a la realidad de nuestro país, pues lo que se pretendería es contar con un instrumento que permita una práctica judicial arbitraria por parte de los operadores de justicia, pues a través de tipificaciones abiertas e imprecisas como son el terrorismo, sabotaje, ataque o resistencia, se intensificaría la criminalización de la protesta pública, de los líderes y organizaciones populares que ejercerían su derechos a la libertad de expresión, opinión, movilización, reclamo, participación y resistencia; pues en estos tipos penales las marchas, proclamas, y otras acciones típicas de la protesta social podrían a criterio de los fiscales y jueces ser calificados como delitos penales.¹⁸⁴

Recapitulación

A manera de conclusiones parciales se muestran dentro de este segundo capítulo algunas reflexiones que intentarán establecer cómo estaría estructurado el derecho a la resistencia y su ejercicio en el contexto ecuatoriano conforme a la Constitución del 2008, lo que será considerado en el análisis del caso emblemático “Quimsacocha”.

¹⁸³ Entrevista a Juan Pablo Albán en:

<http://www.planv.com.ec/historias/politica/disidentes-delincuentes/pagina/0/3>

¹⁸⁴ Entrevista a Ramiro Ávila en:

<http://www.planv.com.ec/historias/politica/disidentes-delincuentes/pagina/0/3>

- El derecho a la resistencia colectivo ecuatoriano al tener el carácter de no subsidiariedad permitiría que los ciudadanos lo invoquen en cualquier momento en defensa de sus derechos constitucionales o la promoción de nuevos derechos; en contraste con el derecho a la resistencia germano que poseería una dimensión objetiva, conformando una facultad extraordinaria atribuida a los ciudadanos alemanes para defender los principios del orden constitucional, cuando no cabe otro remedio -último recurso-.

- En el ordenamiento constitucional ecuatoriano el derecho a la resistencia colectiva debería ser entendido como un *derecho garantía “sui generis”* con un contenido singular, pues podría presentar un carácter reactivo, no jurisdiccional, inorgánico e incluso no subsidiario de los derechos constitucionales; características que serían conferidas a los individuos y colectivos para defender sus derechos frente a acciones u omisiones de poderes públicos o de particulares que lesionen o puedan lesionar sus derechos.

- Desde una interpretación integral de las normas y principios constitucionales, sería procedente la invocación del derecho a la resistencia colectiva para demandar nuevos derechos sin que exista el supuesto habilitante de acción u omisión, evidenciando así, su carácter de no subsidiario.

- El reconocimiento que realiza el constituyente ecuatoriano en torno al derecho constitucional, es bastante amplio y constituiría una plasmación del principio *pro actione*, por lo cual permitiría a toda persona natural (individuales - colectivas) o jurídica, invocar y aplicar el derecho a la resistencia; es decir, a diferencia de las constituciones de otros países que no permiten a los ciudadanos extranjeros invocar la resistencia -Alemania-, en

la Constitución de Montecristi la titularidad activa del derecho a la resistencia sería extensa y generosa.

- El derecho constitucional a la resistencia colectiva al manifestarse en la protesta pública estaría relacionado principalmente con los derechos de libertad de expresión, asociación, manifestación y reunión; derechos que no solo gozan de una protección constitucional sino también internacional; pues serían varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la protesta pública.

- El aparente problema de confrontación de derechos constitucionales de quienes son parte de la protesta pública y de quienes no participan en las manifestaciones -terceros-, podría ser zanjado, si los operadores de justicia en observancia a lo determinado por la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -estándares derecho de libertad de expresión, asociación y reunión-, consideran que no resultaría admisible cualquier limitación a la invocación del derecho a la resistencia colectiva que se manifiesta en la protesta pública. Y que en el análisis de cada caso cuando se afectan otros derechos, se debería realizar también un ejercicio de ponderación (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) para evitar la vulneración de derechos constitucionales de las partes.

- El nuevo Código Orgánico Integral Penal, a través de tipos penales que serían de contenido amplio como el terrorismo, sabotaje, ataque o resistencia, podría ser considerado como un instrumento para que los operadores de justicia encasillen ciertos actos de la protesta pública en estos delitos, es decir, la normativa penal podría intensificar la

criminalización de los líderes y organizaciones populares que ejercen su derechos a la libertad de expresión, opinión, movilización, reclamo, participación y resistencia

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE CASO “QUIMSACOCHA” RESPECTO A LA INVOCACIÓN DEL DERECHO A LA RESISTENCIA Y LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL

3.1. Caso: “Quimsacocha”

En este capítulo vamos hacer referencia a los antecedentes y al desarrollo del proceso judicial del caso emblemático *Quimsacocha*, pues se trataría del primer juicio en el país que concluyó con una sentencia condenatoria en contra de tres procesados, quienes habrían participado en una protesta social organizada por un grupo de indígenas y campesinos con el objeto de resistir al proyecto de la ley de aguas. Enseguida se identificará y analizará en el proceso judicial los elementos que girarían en torno a la estructura del derecho a la resistencia en el marco de la Constitución del 2008, su relación con la protesta social y su criminalización. Estos elementos serán contrastados con los señalados y desarrollados en los capítulos anteriores, los que tendrían relación con los “límites” del ejercicio del derecho a la resistencia; para llegar a proponer una posible lectura de la invocación de este *derecho garantía sui generis* en el contexto social ecuatoriano.

3.1.1. Antecedentes del caso

El 04 de mayo de 2010, en horas de la madrugada un grupo de personas bloquearon la vía pública Panamericana Sur en el sector de la “Y de Tarquí”, ubicado en la parroquia Victoria del Portete, del cantón Cuenca, provincia del Azuay, interrumpiendo el tránsito vehicular, en el marco de una protesta pública convocada por la Confederación de

Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE y la Confederación Kichwa del Ecuador, ECUARUNARI, para resistir y oponerse a la aprobación del Proyecto de Ley de Aguas y a la explotación minera en la zona de Quimsacocha.

Los “dirigentes de la protesta”, Carlos Pérez Guartambel, Ángel Federico Guzmán y Efraín Reinaldo Arpi, fueron detenidos de manera flagrante por miembros de la Policía Nacional del Azuay, por la causa de “sedición, alteración del orden público, agresión a miembros policiales y destrucción de bienes públicos, paralización y obstaculización de servicios públicos”.

El Juez Segundo de Garantías Penales, acogiendo la acusación de la fiscalía dictó orden de prisión preventiva contra los ciudadanos detenidos por el delito de sabotaje y terrorismo a los servicios públicos. Sin embargo, en la etapa de investigación el agente fiscal al no contar con los elementos suficientes para la acusación con estos graves tipos penales, los remplazó por el delito de obstaculización de vía pública.

El Primer Tribunal del Garantías Penales del Azuay en sentencia de 24 de agosto de 2010, consideró de manera motivada que la Fiscalía no ha probado la existencia de los hechos, ni la responsabilidad de los acusados en el delito de obstaculización de vías públicas, revocando la orden de prisión y confirmando la inocencia de todos los acusados.

Inconforme con la decisión la Fiscalía interpuso recurso de apelación ante la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que en sentencia de 10 de agosto de 2011 resolvió “accepta[r] el recurso de apelación, revocar la sentencia subida en grado e impuso a los procesados [...] por considerarlos autores y responsables del delito de obstaculización de vías públicas, tipificado y sancionado en el Art. 129 del Código Penal, la pena de un año de pena correccional para cada uno de ellos [...]. Pero, en consideración de las condiciones humanas de los procesados, esto es, por

tratarse de personas que no constituyen peligro para la sociedad y que las motivaciones para su conducta fueron de carácter altruista y social a favor de los pueblos de Tarqui y Victoria del Portete, en defensa del agua que temen sea contaminada por la actividad minera, que para esta Sala constituye ATENUANTE TRASCENDENTAL, que consta en el Art. 74 del Código Penal [...]. En consecuencia, se aplica el Art. 73 del Código Penal, imponiéndoles la pena de ocho días únicamente, para cada uno de ellos [...].”

De este fallo, los condenados interpusieron recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, que en sentencia de 15 de enero de 2013 resolvió declarar improcedente el recurso.

El 15 de febrero de 2013, los condenados presentaron acción extraordinaria de protección de la resolución emitida por los jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional ante la Corte Constitucional del Ecuador; acción constitucional que fue admitida a trámite por la Sala de Admisión mediante auto de 11 de marzo de 2013.

3.1.2. Argumentos de las partes procesales respecto a la invocación del derecho a la resistencia

De la revisión de la causa y de las diferentes piezas procesales incorporadas a la misma, se puede colegir que las partes a lo largo de la sustanciación del juicio penal, en relación al derecho constitucional a la resistencia en lo principal manifestaron:

- “Que el pueblo se encuentra amenazado de la salud por la afección del agua. Que por los convenios y tratados internacionales se dio el derecho a la resistencia, por lo que se ha dado una protesta pacífica. Que se han reunido varios comuneros de las provincias de todo el país, en el que se iniciaron acciones de resistencia frente a la fuerza que ejerce el Estado, a través de sus

órganos, frente a un pueblo inofensivo que salió sin armas. La fiscalía no ha demostrado que existen agredidos y que con las fotos aportadas se ha demostrado que nos encontrábamos desarmados y que nosotros fuimos arrastrados [por miembros de la policía]. Que el pueblo inofensivo asoma como agresor.”¹⁸⁵

- “Que hay un trasfondo tratando de criminalizar la protesta, pues hemos actuado de conformidad a la Constitución, al derecho a la resistencia, es decir, la desobediencia civil. El tratado sobre la Carta de Virginia y de los derechos humanos amparan al pueblo a hacer prevalecer sus derechos hasta la encíclica de Paulo VI “populorum progresio”, en esta virtud solicita al tribunal que dicte sentencia absolutoria a su favor.”¹⁸⁶
- “El derecho a la resistencia prescrito en el artículo 98 de la Constitución de Montecristi, es el derecho que tienen los pueblos a resistir y por ende a la desobediencia civil, al ser el Ecuador un estado constitucional de derechos, en consecuencia todas las normas secundarias deben guardar concordancia con la Constitución de la República, porque esto lo dispone no solo el artículo 1 sino una cantidad de disposiciones, quedando completamente desvirtuadas aquellas pruebas que se manifiestan por parte de la fiscalía y quien en su momento debió probar que se trataba de un acto ilegítimo, y no lo hizo.”¹⁸⁷

¹⁸⁵ Juzgado Segundo de Garantías Penales de Cuenca, Acta de Audiencia de Calificación de Flagrancia Proceso No. 758-2010 de 04 de mayo de 2010 a las 17h40. Intervención del procesado Carlos Pérez Guartambel.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, Acta de Audiencia Reservada, Oral y Contradictoria de Fundamentación de Recurso de Apelación, Juicio No. 128-11 de 08 de agosto de 2011 a las 15h10. Intervención del doctor Carlos Pérez Guartambel.

- Que “la Carta Constitucional de Montecristi en su artículo 98 dispone “los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”, en concordancia con lo que prescribe el primer artículo de la Constitución “el Ecuador es un país constitucional de derechos y justicia (...)”. Así resistir a un orden ilegítimo del Gobierno del Economista Rafael Correa, que pretende a fuego y sangre implantar la industria minera que junto a la petrolera y química constituyen las industrias más sucias del planeta y con el agravante de que intenta hacer actividad extractivistas en fuentes de agua irreversiblemente va a destruir y contaminar los humedades, fuentes de agua, sistemas lacustres y todo el ecosistema de su entorno; en especial porque las concesiones mineras estarían en áreas de bosque, de vegetación protectora y de zonas extremadamente sensibles como es el proyecto Quimsacocha que estaría ubicado en nacientes en 2 de los 4 ríos que atraviesan la ciudad de Cuenca [...] que provee agua para sus pobladores, consecuentemente se estaría violentando derechos humanos fundamentales como el derecho humano al agua, el derecho a la salud, el derecho a vivir en un ambiente sano libre de contaminación, y más derechos conexos. [...]”¹⁸⁸
- Que “[...] el derecho a la resistencia es un derecho humano, un derecho fundamental reconocido en los tratados internacionales y en la Constitución que desde el año 2008 aprobó el soberano y declaró que el Ecuador es un Estado

¹⁸⁸ Escrito de 26 de agosto de 2011 presentado por Carlos Pérez Guartambel a la Primera Sala Especializada de lo Penal del Azuay.

Constitucional de Derechos y Justicia. El derecho a la resistencia surgió históricamente en varios instrumentos internacionales desde 2015 con la Carta de Juan Sin Tierra, en la Declaración de Derechos de Buen Pueblo de Virginia de 12 de 1776, que en su artículo 3 prescribe: “El gobierno es o debe ser instituido para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, cuando un gobierno fuera manifestadamente inadecuado o contrario a estos principios, una parte mayor de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e imprescriptible de reformarlo, alterarlo o abolirlo en la forma que juzgue más conveniente el bienestar público”; la Declaración de Independencia de los EEUU adoptada por el Congreso de Filadelfia el 4 de julio de 1776; la Declaración del Hombre y de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que en su primer artículo establece “un derecho natural, inalienable y sagrado es la resistencia a la opresión; La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en el considerando tercero del preámbulo manifiesta “considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”; y en la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas del 27 de septiembre de 2007 [...].”¹⁸⁹

- Que “el derecho a la resistencia se apoya en la doctrina. Henry David Thoreau, impulsor de la desobediencia civil sostiene “La obediencia está en gracias del Estado opresor, en la sumisión la que genera esta opresión sin ella el Estado no sería nada.” Por su parte Martín Luther King, activista supremo de los derechos

¹⁸⁹ Escrito de 26 de agosto de 2011 presentado por Carlos Pérez Guartambel a la Primera Sala Especializada de lo Penal del Azuay.

humanos al recibir el Premio Nobel de la Paz sentenció: *“una ley puede ser legal pero ilegítima”*. El jurista norteamericano Jhon Rawls en su *Teoría de la Justicia*, define la desobediencia civil indicando *“comenzaré definiendo a la desobediencia civil como un acto público no violento consiente y político contra ley o programas de gobierno, ejemplo jóvenes norteamericanos que se negaron ir a la guerra de Vietnam”*, así mismo sostiene que el Estado no debe tratar a los desobedientes o disidentes como delincuentes comunes sino como ciudadanos a los que debe reconocerse su profundo compromiso democrático. La desobediencia cumple entonces un papel corrector para Rawls; y una madurez democrática para Junger Habermas. Agrega este último que la desobediencia civil es una válvula de escape, se mueve en la penumbra de la historia contemporánea, lo cual hace difícil para los coetáneos una valoración política-moral del acto. Finalmente Doworkin sostiene que el que incumple una norma (resistentes) apela a principios de justicia propios del sistema. [...]”¹⁹⁰

- “Que dentro de un estado constitucional de derechos y justicia como es el nuestro, existe el derecho a la resistencia, no obstante, debe haber una resistencia pacífica, de no hacerlo, la Constitución de la República, otorga a la Fiscalía General del Estado investigar los delitos de acción pública, en el presente caso el delito de obstaculización de la vía pública, que determina que las personas que de manera ilegal impidieren el libre tránsito de vehículos, personas o mercaderías por vías públicas del país serán sancionados con prisión.”¹⁹¹

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Sentencia de 14 de enero de 2013; intervención de la Fiscalía General del Estado, Dr. José García Falconí.

- “El derecho a la resistencia es un derecho mediante el cual, los individuos y los colectivos pueden ejercerlo frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos; consecuentemente, es un derecho cuya titularidad recae en los individuos y en los colectivos, goza de la protección estatal, aplicación directa e incondicional, ejecutabilidad, justiciabilidad, irrenunciabilidad, intangibilidad, etc. Así pues, la Constitución de la República, es una Constitución garantista, que respeta los derechos de las ciudadanas y ciudadanos, ante cualquier adversidad, no obstante la normativa suprema debe ser *interpretada de manera semántica, en su contexto general, esto quiere decir, que para hacer valer un derecho -al agua- no se debe ir en detrimento de otros derechos constitucionales como el derecho que tienen las ecuatorianas y ecuatorianos de transitar libremente por el territorio nacional, acatar y cumplir la Constitución y la ley, respetar los derechos humanos*. En este sentido los recurrentes, sobredimensionaron, el derecho constitucional a la resistencia, al utilizar métodos ortodoxos, para defender el derecho constitucional al agua limpia, como: la obstaculización de la vía Panamericana Sur, sector Y de Tarqui, cantón de Cuenca, con troncos, al punto de agredir con piedras a los agentes de policía, impidiendo de esta manera el tránsito normal de vehículos. Se debe tener claro, que el derecho a la resistencia debe cumplirse de manera pacífica y no agresiva como lo han hecho los recurrentes”¹⁹²

¹⁹² Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Sentencia de 14 de enero de 2013, análisis del caso y criterio del Tribunal.

3.1.3. Análisis del proceso judicial “Quimsacocha”

En las siguientes líneas se intentará contrastar ciertos actos procesales y las numerosas alegaciones realizadas en el juicio penal por los procesados, el fiscal y los operadores de justicia en torno a la invocación al derecho constitucional a la resistencia colectiva, con lo señalado y desarrollados en los capítulos anteriores en relación a elementos que girarían en torno a la invocación del derecho a la resistencia en el marco de la Constitución actual.

Así, un primer elemento de análisis estaría relacionado con identificar a los sujetos y el objeto de la invocación del derecho a la resistencia en el caso Quimsacocha.

Partiendo de la idea de que en el contexto social ecuatoriano la protesta social realizada y/o protagonizada a lo largo de la historia generalmente por los defensores de los derechos humanos, indígenas, campesinos, ecologistas, maestros, estudiantes, no solo se habría practicado con el fin de participar en democracia y fortalecerla, sino en especial, porque se la estaría entendiendo como un mecanismo eficaz para realizar denuncias públicas sobre políticas de gobierno y aprobación de proyectos de leyes que vulnerarían derechos constitucionales de la ciudadanía¹⁹³, podríamos manifestar que en el caso penal que se examina, los dirigentes indígenas Carlos Pérez Guartambel, Ángel Federico Guzmán y Efraín Reinaldo Arpi, serían los *sujetos activos* de la invocación del derecho constitucional a la resistencia colectiva; sujetos que se caracterizarían porque en pleno ejercicio de sus derechos a la resistencia, libertad de expresión, a reunirse, a asociarse y a manifestarse en forma libre y voluntaria¹⁹⁴, formaría parte principal en la organización y convocatoria de una masiva protesta social en la que habrían participado más de 150

¹⁹³ Pfr. Daniela Salazar Marín, op. cit., p. 101.

¹⁹⁴ Constitución de la República de 2008, Artículo 66 numeral 3 “(...) El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria (...)”

personas, con el *objeto* de resistir a la aprobación del Proyecto de Ley de Aguas, pues a criterio de los protestantes su aprobación constituiría una violación a sus derechos constitucionales al agua, al medio ambiente sano, a los de la naturaleza, a la salud, al buen vivir entre otros.

En este sentido, se podría señalar que este objetivo -resistir a la aprobación del Proyecto de la Ley de Aguas- tendría plena vinculación con la *ilegitimidad ab exercitio*, que fue mencionada en el primer capítulo de este trabajo, pues ésta se relacionaría con el acto en sí mismo, es decir, con la condición notoria de ilegitimidad y con las consecuencias del acto -aprobación del Proyecto Ley de Aguas-, esto sería, con la gravedad e irreparabilidad de la vulneración o posible vulneración de los derechos constitucionales.¹⁹⁵

En relación al sujeto pasivo, se podría indicar que en los términos del artículo 225 de la Constitución del Ecuador, en el caso en concreto sería el Estado -Asamblea Nacional- el *sujeto pasivo* en la invocación del derecho a la resistencia, pues el acto emanado de este poder público -dictar Proyecto de Ley de Aguas- a criterio de los manifestantes podría vulnerar sus derechos constitucionales.

Un segundo elemento de examen lo encontraríamos en las alegaciones de los procesados en torno a la resistencia y a la desobediencia civil. Así, del contexto de los argumentos esgrimidos por el dirigente indígena Carlos Pérez Guartambel en el desarrollo del proceso penal, se podría colegir que se estaría considerando como figuras similares a la resistencia y a la desobediencia civil; aspecto que como ya se ha señalado, surgiría porque

¹⁹⁵ Ver página 60 (IICapítulo). Ugartemendía plantea que “hablar de la politización o constitucionalizarían del derecho de resistencia no supone otra cosa que hablar de la constitucionalización (juridificación democrática) de la garantía de los derechos, tanto frente al poder ejercido sin título legítimo (absque título), como frente al poder que, siendo legítimo en título, es arbitrariamente ejercido (ilegitimidad ab exercitio).” Juan Ugartemendía, “El derecho a la resistencia y su constitucionalizarían”, en: *revista de Estudio Político*, Universidad del País Vasco, 103 enero-marzo (1999), p. 228.

la resistencia tendría un concepto amplio que en determinadas ocasiones podría ser confundido con otras formas que puede abarcar a éstas, como la desobediencia civil, objeción de conciencia, insurrección, rebelión.

En este sentido, se podría mencionar que si bien estos dos tipos de acciones como características semejantes registrarían un carácter público, la participación de los actores que puede ser colectiva y comportamientos que podrían ser considerados contrarios al derecho positivo; presentarían también ciertas *particularidades* que nos permitirían establecer una distinción entre los actos de resistencia y desobediencia civil.

La primera distinción tendría relación con el uso de medios violentos. Al respecto, se podría manifestar que la esencia de la desobediencia civil respondería a una táctica de no violencia, que buscaría extremar el cuidado para que nada pueda interpretarse maliciosamente o proyectarse públicamente como uso de violencia; a diferencia de ciertos actos de ejercicio de la resistencia que podrían estar acompañados de actos de violencia, como ejemplo se podría mencionar el bloqueo de vías públicas con la quema de neumáticos, troncos o piedras, como habría ocurrido en el caso que se examina.

Esta distinción como ya se ha mencionado en el presente trabajo académico, estaría relacionada con que los actos de resistencia colectiva por ser “anti- institucionales”, serían más o menos espontáneos y podrían involucrar un grado de reflexión y autoconciencia mucho menor que el que suele asociarse con la desobediencia civil, en especial porque las personas que participarían en actos de desobediencia aceptarían las consecuencias que el derecho dispone en su contra -segunda distinción-, a diferencia de lo que ocurriría con los actos de resistencia, en los que no estaría presente esta aceptación, pues con los actos de resistencia se pretendería llamar la atención de la sociedad y de las autoridades sobre un problema que se traduciría en evitar la vulneración o posible afectación de un derecho

constitucional por la implementación de una política pública, por la aprobación de un proyecto de ley o por una decisión del gobierno.

Asimismo, resultaría importante señalar que el argumento “ausencia de violencia en los actos de invocación del derecho a la resistencia (...)”, alegado de manera reiterada no sería solo por los procesados, sino también por el fiscal y los jueces de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia en diferentes etapas del proceso Quimsacocha, nos permitiría considerar dos aspectos; por un lado que, para los administradores de justicia los actos de protesta social en los que se invoca el derecho a la resistencia colectiva, podrían ser sancionados cuando los mecanismos utilizados por quienes participan en la protesta social podrían ser violentos; entendiéndose dentro de los medios violentos, a los actos de obstaculización de la vía pública con troncos y piedras; pues éstos a criterio de las autoridades públicas ocasionarían una afectación a la idea de orden y al derecho al libre tránsito de las personas que no participan en las manifestaciones. Y por otro lado, que para los procesados los actos de resistencia colectiva también se caracterizarían por la usencia de violencia y de armas, sin embargo, no se mencionarían nada respecto a los actos de obstaculización de la vía pública, pues en palabras de Daniela Salazar “en el Ecuador la forma más tradicional de llevar a cabo las manifestaciones sociales es a través del bloqueo de calles y autopistas”¹⁹⁶, ya que de esta forma se buscaría llamar la atención de las autoridades respecto de los temas objeto de la protesta; así como también, porque muchas veces el bloqueo de vías constituiría la única manera que tienen ciertas fuerzas sociales y organizaciones civiles para expresarse públicamente y lograr que sus puntos de vista pasen a formar parte del debate público.

¹⁹⁶ Pfr. Daniela Salazar, op. cit., p. 107.

Lo señalado nos llevaría a insistir en que el problema que surge en torno a los actos de invocación a la resistencia surgiría porque el contenido del artículo 98 de la norma constitucional es amplio y porque ciertos actos ejecutados invocando la resistencia colectiva y expresados en la protesta social resultarían criminalizados si simplemente se los entiende como actos que rompen el orden y vulneran el derecho a la libertad de tránsito de terceros ajenos a la protesta. Por ello, la importancia de que los operadores de justicia penal en la sustanciación de los juicios, deberían analizar y considerar de manera motivada que así los diferentes actos de protesta no fueren pacíficos, el límite de las medidas empleadas debería ser proporcional luego del análisis de cada caso.

Continuando con el análisis del caso, al observarse en el desarrollo del juicio penal varios cambios del tipo penal con el que se les acusaba a los tres procesados y por las posibles implicaciones que esto podría tener con el ejercicio del derecho a la resistencia colectiva y la criminalización de la protesta social, sería necesario referirnos a diferentes piezas procesales del caso en estudio.

En este sentido, si nos remitimos al parte policial, encontraríamos que los procesados Carlos Pérez Guartambel, Ángel Federico Guzmán y Efraín Reinaldo Arpi, habrían sido detenidos en flagrancia por miembros de la Policía Nacional del Azuay No. 6, por los delitos de *“sedición, alteración del orden público, agresión a miembros policiales y destrucción de bienes públicos, paralización y obstaculización de servicios públicos”*, en razón de que durante la protesta social habrían procedido a bloquear la vía Panamericana Sur, en el sector de la Y de Tarqui con piedras, palos, troncos interrumpiendo el libre tránsito vehicular.

Del acta de la audiencia de calificación de flagrancia de 04 de mayo de 2010 a las 17h40, desarrollada ante el Juzgado Segundo de Garantías Penales de Cuenca se desprende que:

“[...] La señora Agente Fiscal indica que inicia la presente instrucción fiscal en contra de los procesados: CARLOS RANULFO PEREZ GUARTAMBEL.- ANGEL FEDERICO GUZMAN PAUTE, EFRAÍN REINALDO ARPI SORIA, por el delito de *sabotaje a los Servicios Públicos*, tipificado en el artículo 158 del Código Penal” (cursiva fuera de texto)

El mismo día, el juez Segundo de Garantías Penales, acogiendo la acusación de la Fiscalía habría dictado orden de prisión preventiva contra los ciudadanos detenidos por los *delitos de sabotaje y terrorismo a los servicios públicos* tipificados en los artículos 158 y 160 respectivamente del Código Penal vigente a esa época. Sin embargo, en la etapa de investigación el Agente Fiscal al no contar con los elementos suficientes para la acusación con estos graves tipos penales, los remplazaría por el delito de *obstaculización de vía pública*, tipificado y sancionado en el artículo 129 del Código Penal; delito por el que fueron acusados como autores y responsables en sentencia de segunda instancia emitida por la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.

En este caso, de manera específica de la revisión del juicio se observa que estos cambios del tipo penal, podrían ser una práctica común dentro de los diferentes procesos judiciales en los que se pretendería juzgar a los ciudadanos que han sido detenidos por participar en una protesta pública, podría ser considerado como un ejemplo para pensar que la mayoría de procesos penales iniciados contra quienes ejercen su legítimo derecho a movilizarse y a resistir, serían completamente infundados o basados en supuestos o

interpretaciones discutibles o circunstanciales, por carecer de pruebas que permitan verificar la existencia del delito y la responsabilidad de los procesados, o en otros casos, como en el de los tres dirigentes indígenas, lo que se pretendería es que hechos menores como el bloqueo de la vía pública con la quema de neumáticos, de piedras o palos (que encontrarían plena protección en la invocación del derecho constitucional a resistir, a expresarse, a reunirse, a manifestar libremente, observando los criterios emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto a la protesta social), pretendan ser sancionados aplicando normas que tipificarían delitos tan graves como sedición, sabotaje y terrorismo.

También podrían constituir un claro ejemplo de lo mencionado en capítulos anteriores, respecto a que la mayoría de las causas penales iniciadas contra quienes ejercen su legítimo derecho a la resistencia colectiva por carecer de elementos probatorios, se quedarían estancadas por varios años en las etapas iniciales de investigación ante la fiscalía¹⁹⁷; evitando que los tribunales de justicia de última instancia o la Corte Constitucional del Ecuador tengan la posibilidad de revisar las decisiones del inferior y emitir una amplia jurisprudencia legal y constitucional que permita constituir una guía sobre los criterios que los órganos judiciales deberían observar y aplicar al momento de conocer acusaciones penales relacionadas con la participación en manifestaciones públicas y con la invocación del derecho a la resistencia.

Otros elemento de reflexión, los encontraríamos en el proceso de apelación tramitado por los jueces de la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el primero lo observaríamos en la etapa probatoria, en lo referente

¹⁹⁷ Ver INREDH y CEDHU, Nota dirigida a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 03 de noviembre de 2009 en relación con la Situación de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador, p.19

a las prueba aportada por el representante de la Fiscalía, pues ésta habría sido considerada por los jueces de la Sala para emitir sentencia condenatoria en contra de los tres dirigentes indígenas; y el segundo, se identificaría con un elemento *suigeneris* -atenuante trascendental- que se evidenciaría en la parte resolutive de la sentencia.

Respecto al primero, la prueba aportada por el representante del Ministerio Público, encontraría sustento en dos testimonios, los que pese a haber sido reconocidos como contradictorios por la misma Sala, habrían sido considerados como válidos para emitir el fallo de segunda instancia.

El primer testimonio tendría relación con la versión rendida ante el Fiscal por uno de los agentes de la policía que presencié la detención de los tres manifestantes, quien habría indicado *que no recuerda la hora exacta del bloqueo de la vía*¹⁹⁸ y que el número de personas participantes en la protesta eran 150. Sin embargo, en la declaración rendida ante la Corte Provincial, el mismo agente de policía habría manifestado que el número de personas eran 100 y que el bloqueo de la vía no fue a consecuencia de la detención de los tres dirigentes, como sostiene la defensa de los procesados.¹⁹⁹

El segundo testimonio sería el realizado por un miembro de la policía que intervino en el operativo de detención de los dirigentes indígenas, quien en su declaración habría manifestado que desconocía el concepto de sedición, tipo penal que consta en el parte policial de los tres procesados; para los jueces de la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, esta declaración no habría implicado

¹⁹⁸ Hecho de importancia básica en la acusación porque a criterio de los procesados la obstaculización de la vía Panamericana Sur, fue realizada por la población de “Quimsacocha” como consecuencia de la detención de sus líderes, es decir fue posterior a la detención, Corte Provincial de Justicia del Azuay. Proceso No.128-11, Conjuez Ponente: Dr. Vicente Vallejo Delgado.

¹⁹⁹ Corte Provincial de Justicia del Azuay, Proceso No.128-11, Conjuez Ponente: Dr. Vicente Vallejo Delgado, p. 37.

una contradicción de testimonios, pues a su criterio en relación con los demás miembros de la policía lo único que existiría es una diferencia de nivel cultural y de conocimiento en los tipos penales²⁰⁰.

Al respecto, se podría manifestar que el razonamiento de los jueces de la Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en relación a la valoración de la prueba, podrían resultar cuestionada en el primer testimonio, porque el agente de policía al ser un testigo directo del proceso debía dotar a los jueces de elementos veraces que permitan demostrar la existencia y la responsabilidad de los acusados en el cometimiento del delito; sin embargo, al rendir un testimonio contradictorio respecto del hecho que constituye la esencia del tipo penal que se les acusaba “hora en la que se bloqueó la vía”, éste debió haber sido cuestionado por los miembros de la Corte, pues como manifiesta Devis Echandía “si de la narración del testigo aparecen esas graves contradicciones, será evidente que carece de capacidad suficiente para juzgar o apreciar lo que pudo percibir y por tanto su deposición tendrá escasa o nula eficacia probatoria”.²⁰¹

De igual forma, no resultaría fácil entender que en el parte policial, conste que los tres procesados fueron detenidos por el delito de sedición y que uno de los agentes de policía que habría participado en el operativo de detención, manifieste al Tribunal Penal que desconoce el significado del término; en este sentido *prima facie* este testimonio podría dejar la puerta abierta para plantear la interrogante respecto de si los funcionarios públicos en especial los que por su función se relacionan con la administración de justicia ¿conocen la naturaleza y alcance de los tipos penales que serían utilizados con frecuencia

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 39.

²⁰¹ Devis Echandía, “*Requisitos para la existencia jurídica, la validez y eficacia probatoria del Testimonio de terceros*” Bogotá, p. 30 en: http://www.institutoderechoprocetal.org/upload/biblio/contenidos/Requisitos_para_la_existencia_juridic.pdf, último acceso: 02 de enero de 2013.

para sancionar a quienes ejercen el derecho a expresarse en protestas públicas?

También llamaría la atención que, pese a que, según la teoría del caso presentada por el fiscal, en relación a que en la manifestación participaron 150 personas, el proceso judicial y las detenciones se practicaron en contra de quienes según los testimonios policiales, que constituyeron la prueba que cobró más peso, “incitaban” a los manifestantes a protestar y a resistir en defensa del agua; y a quienes la sentencia de segunda instancia adjudica la calidad de “dirigentes”.

En relación del segundo elemento de reflexión, se identificaría un elemento *sui generis* en la parte resolutive de la sentencia emitida en la etapa de apelación por la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, pues la misma a diferencia del fallo de instancia, estableció la responsabilidad de los tres dirigentes indígenas en el delito de obstaculización de vías públicas, resolviendo condenarlos con una pena de un año de prisión correccional para cada uno de ellos. Sin embargo, en consideración a la motivación altruista y social de los sujetos activos del derecho a la resistencia, los jueces de segunda instancia habrían aplicado en beneficio de los procesados la figura del “**ATENUANTE TRASCENDENTAL**” y por tanto, la rebaja drástica de la pena impuesta a ocho días:

“(…) acepta el recurso de apelación presentado por la Fiscalía, revoca la sentencia subida en grado, e impone a los procesados (...), autores y responsables del delito de obstaculización de vías públicas, tipificado y sancionado en el Art. 129 del Código Penal, la pena de un año de prisión correccional para cada uno de ellos (...). Pero en consideración de las condiciones humanas de los procesados, esto es, **por tratarse de personas que no constituyen peligro para la sociedad, y que las motivaciones para su conducta fueron de carácter altruista y social a favor de los pueblos de Tarqui y Victoria del Portete, en defensa del agua que para esta Sala constituye**

ATENUANTE TRASCENDENTAL, que consta en el art. 74 del Código Penal (...). En consecuencia, se aplica el Art. 73 del Código Penal, imponiéndoles la pena de ocho días de prisión únicamente, para cada uno de ellos.”⁶ (negrita fuera de texto)

Este fallo expedido en el año 2011, al ser el primero en condenar a tres dirigentes indígenas que participaron en una protesta social resistiendo al Proyecto de Ley de Aguas, resultaría un caso emblemático porque hasta la fecha en nuestro país no existiría otro proceso judicial en el que los jueces hayan desarrollado un razonamiento como el que se ha reseñado (las motivaciones de conducta fueron de carácter altruista y social en defensa del agua) o en el que se haya aplicado la figura del “atenuante trascendental” para disminuir la pena previstas para diferentes tipos penales por los que se condena a los participantes de una protesta social.

Asimismo, el contenido de la sentencia de segunda instancia nos permitiría pensar que los fundamentos de los administradores de justicia para acusar a Carlos Pèrez Guartambel, Àngel Federico Guzmàn y Efraïn Reinaldo Arpi, resultaría bastante limitado y podría ser tomado como un ejemplo que demostrarían que los fiscales y jueces al sostener que en estos casos existe una vulneración a la ley, simplemente habrían buscado enmarcar determinado acto de protesta - bloqueo de la vía pública Panamericana Sur, interrumpiendo el tránsito vehicular con la quema de neumáticos, de palos y piedras - , en un tipo penal contenido en el Art. 129 Código Penal vigente en esa época; sin considerar los componentes políticos que girarían alrededor de las diferentes acciones. Con este argumento, conforme a lo señalado en este trabajo se podría estar dejando de lado un razonamiento que involucre una visión comunitaria y una noción deliberativa de la democracia, pues los actos de manifestación resultarían plenamente justificados cuando en una sociedad democrática no es posible participar en un “proceso de discusión colectiva que

busca que todos y especialmente aquellos que resultarían más afectados por las decisiones que se toman formen parte de la misma”²⁰², recordemos que los sujetos activos en el caso Quimsacocha, habrían resistido al Proyecto a la Ley de Aguas, mismo que no habría sido socializado con los moradores del sector Quimsacocha, y porque que éste constituiría una amenaza para sus derechos constitucionales al agua, a la salud, a una vida digna, entre otros.

También, sería importante resaltar la idea de que los operadores de justicia deberían recordar que no sería admisible cualquier tipo de limitación a la invocación del derecho a la resistencia, pues al ser un derecho que se manifiesta en la protesta pública y que tendría vinculación con otros derechos (libertad de expresión, reunión, asociación y manifestar libremente) a criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos únicamente podría admitirse una restricción al derecho a la protesta social pacífica cuando resultare necesario para proteger otro bien jurídico o derecho de mayor relevancia, como sería el derecho a la vida e integridad personal²⁰³; de manera especial porque “la participación de las sociedades a través de la manifestación pública (...) como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho”²⁰⁴, y esto, proporcional claramente.

En el presente proceso penal, no se observaría que la Sala en la motivación de su fallo haya considerado los estándares de los derechos de libertad de expresión, asociación y reunión señalados por la Corte Interamericana y por la CIDH; al contrario solo se podría apreciar un análisis meramente legal, en el que en base a las pruebas testimoniales que

²⁰² Pfr. Roberto Gargarella, “El derecho frente a la protesta social”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal/Ramiro Ávila Santamaría*, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, Quito, Corporación Editorial Nacional, 2012, p. 34.

²⁰³ Pfr. Daniela Salazar, op. cit., p.101

²⁰⁴ CIDH, *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005*, párrafo. 91

podrían ser cuestionadas por lo mencionado y podrían vulnerar el derecho a la seguridad jurídica; se resolvió declarar culpables a los tres procesados del delito de obstaculización de la vía pública.

En este sentido, al observarse que uno de los principales problemas de los diferentes juicios penales iniciados contra los sujetos activos de la invocación a la resistencia colectiva, se centraría en la confrontación de los derechos de las personas que forman parte de los actos de resistencia en la protesta social y de quienes no lo son; mismo que no podría solucionarse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos, sino que por las características propias de cada caso, sería necesario un ejercicio de ponderación que permita a los administradores de justicia establecer una solución solo para la controversia en particular, pues resultaría imposible prever la solución del mismo conflicto en otros procesos futuros.

Recapitulación

A manera de conclusiones parciales dentro de este tercer capítulo se presentan algunas reflexiones que intentarán recoger ciertos elementos de la invocación del derecho a la resistencia colectiva que habrían sido analizados en el proceso penal del caso Quimsacocha, con el objeto de proponer una posible lectura de la invocación de este *derecho garantía sui generis* en nuestro país.

- En el contexto social ecuatoriano las invocaciones del derecho a la resistencia colectiva en los diferentes actos de protesta pública, estarían caracterizadas porque los sujetos activos de la resistencia serían en su mayoría las fuerzas sociales entre otros, “dirigentes indígenas”; porque estos actos estarían relacionados principalmente con cuestiones como la protección al agua, naturaleza y con los conflictos que se generarían

en las comunidades debido a los efectos negativos de las diferentes actividades extractivistas.

- Los sujetos que estarían invocando el derecho a la resistencia colectiva -tres dirigentes indígenas-, de manera equivocada en sus alegaciones procesales habrían considerado como fenómenos similares a la resistencia y a la desobediencia civil. Esta interpretación surgiría porque la resistencia tendría un concepto amplio que en determinadas ocasiones puede confundirse con otras formas que puede abarcar a éstas, como la desobediencia civil, insurrección, rebelión. Y porque no se estarían considerando que ciertos actos de resistencia colectiva podrían estar acompañados de actos de violencia, aspecto que no sería propio de la desobediencia civil, pues ésta se caracterizaría por la ausencia de violencia.

- Para los agentes de policía, fiscales y administradores de justicia que participaron en la sustanciación de este juicio penal, los actos de protesta social en los que se invoca el derecho a la resistencia colectiva, podrían ser sancionados cuando los mecanismos utilizados por quienes participan en la protesta social podrían ser violentos; entendiéndose dentro de los medios violentos, a los actos de obstaculización de la vía pública -Panamericana Sur, sector la “Y”- con la quema de neumáticos, con troncos y con piedras.

- El argumento de los operadores de justicia dentro de los juicios penales iniciados entre otros, contra dirigentes indígenas respecto a que, “los actos de obstaculización de la vía pública, ejecutados invocando el derecho a la resistencia, resultarían criminalizados si

se los entiende como actos que rompen el orden y vulneran el derecho a la libertad de tránsito de terceros ajenos a la protesta”; podría considerarse como un elemento que nos permitiría pensar que existe una comprensión sobre unos límites cerrados o estrechos del derecho de protesta social. En especial porque en nuestro país, la forma más tradicional de llevar a cabo las manifestaciones sociales es a través del bloqueo de calles y vías públicas.

- Los cambios del tipo penal, que serían una práctica común dentro de los diferentes procesos judiciales en los que se pretendería juzgar a los ciudadanos que han sido detenidos por participar en una protesta social e invocar el derecho a la resistencia colectiva, podrían ser consecuencia de la falta de elementos probatorios que permitan verificar la existencia del delito y la responsabilidad de los procesados, o como en el caso Quimsacocha, lo que se habría pretendido es que hechos menores como el bloqueo de la vía pública con la quema de neumáticos, con piedras o con palos, puedan ser sancionados con graves tipos como la sedición, sabotaje o terrorismo.

- Los fallos de los procesos penales iniciados contra los resistentes, encontrarían su motivación solo en temas de mera legalidad (pruebas testimoniales que evidencien la participación de los protestantes en ciertos actos de violencia), pues lo que se buscaría es adecuar una conducta -obstaculización de la vía pública- con un tipo penal; dejando de lado un razonamiento que involucre una visión comunitaria y una noción deliberativa de la democracia, en especial porque los actos de manifestación resultarían plenamente justificados cuando en una sociedad democrática no es posible participar en un proceso de discusión colectiva.

-El argumento “por tratarse de personas que no constituyen peligro para la sociedad, y que las motivaciones para su conducta fueron de carácter altruista y social a favor de los pueblos de Tarqui y Victoria del Portete, en defensa del agua que para esta Sala constituye ATENUANTE TRASCENDENTAL, podría evidenciar que en el caso analizado los operadores de justicia no contaban con todos los elementos de convicción necesarios para considerar que los tres procesados eran responsables del tipo por el cual se les acusaba. Así como también, podría tomarse como un precedente que pretendería criminalizar los actos de protesta, con el objeto de disuadir a quienes ejercen el derecho a la resistencia colectiva a través de la protesta social.

- El “aparente conflicto de derechos” observado en el caso Quimsacocha, sería uno de los principales problemas de los diferentes juicios penales iniciados contra los sujetos activos de la invocación a la resistencia colectiva, mismo que no podría resolverse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos, sino que sería necesario un ejercicio de ponderación que permita a los administradores de justicia establecer para cada caso una solución motivada en disposiciones constitucionales, en la jurisprudencia internacional, doctrina y en especial en los estándares internacionales respecto a la libertad de expresión y protesta social; pues solo de esta manera se garantizaría el derecho a la seguridad jurídica y debido proceso de todo procesado.

CONCLUSIONES

La Constitución de Montecristi se caracteriza porque a diferencia de la Carta Magna de 1998, supone una profundización de los mecanismos participativos del sistema político del país, permitiendo por tanto una participación ciudadana mucho más amplia, renovada y sobre todo mejor articulada con el Estado. En este sentido, se podría incluir en el grupo amplio de derechos de participación al *derecho a la resistencia* (artículo 98), que situado en la parte organizativa, concretamente en el Título IV Participación y Organización del Poder, Capítulo I Participación en Democracia, Sección 2a, Organización Colectiva de la Constitución ecuatoriana, se encuentra positivizado como un derecho que tienen los individuos y colectividades frente a actos u omisiones de los poderes públicos o personas no estatales cuando se lesionen o puedan lesionar derechos constitucionales o para la demanda de nuevos derechos.

Sin embargo, en torno a la construcción doctrinaria del derecho a la resistencia existirían dos fases, la primera sería la de una tradición “*iusnaturalista*” y la segunda, la de una “formalización declarativa” en diferentes ordenamientos; así su inserción en la Constitución ecuatoriana nos ubicaría con el problema que el constituyente no estableció de manera clara y expresa los límites democráticos que deberían ser observados frente a los diferentes actos ejecutados invocando el derecho a la resistencia colectiva que se manifestarían en la protesta social, la que también tendría conexidad con los derechos a la libertad de expresión, asociación, manifestación y reunión que no solo gozarían de protección constitucional sino también internacional -Corte y Convención Interamericana de Derechos Humanos-.

En el ordenamiento constitucional ecuatoriano el derecho a la resistencia colectiva debería ser entendido como un derecho garantía de tipo “*sui generis*” con un contenido singular, pues podría presentar un carácter *reactivo*, pues sus titulares lo activarían para prevenir o evitar violaciones a sus derechos constitucionales; así como también, por ser proactivo, con su invocación se podrían reclamar nuevos derechos, mismos que podrían o no estar conectados con los derechos vulnerados con una acción u omisión.

Así mismo, tiene un carácter *no jurisdiccional e inorgánico* debido a que el ejercicio de la resistencia colectiva dependería exclusivamente de la voluntad del soberano y por tanto, ninguna institución estatal podría tener a su cargo la administración o control de los diferentes actos de invocación de este derecho constitucional, y porque ningún procedimiento establecido o por establecerse podría regular los actos de resistencia , en razón de que estaríamos frente a una garantía imprecisa en el sentido de abstracción de una norma general, pero con una estructura que se constituiría de manera diferente en el momento preciso de su ejercicio. Así como también, debido a su misma naturaleza no resultaría conveniente que exista una regulación de este derecho.

Y un carácter de *no subsidiario* de los derechos constitucionales, especialmente porque el contenido del artículo 98 no impondría el agotamiento de ninguna vía previa de protección para su invocación. Estas características serían conferidas a los individuos y colectivos para defender sus derechos frente a acciones u omisiones de poderes públicos o de particulares que vulneren o puedan vulnerar sus derechos; y que son el producto del reconocimiento que realiza el constituyente ecuatoriano en torno a que este derecho constitucional, es bastante amplio y generoso, y constituiría una plasmación del principio *pro actione* y del mandato interpretativo *favor libertatis* del artículo 427 del texto constitucional.

El concepto del derecho a la resistencia colectiva que estaría caracterizado por ser amplio, puede en determinadas ocasiones confundirse con otras formas de acción colectiva, como la insurrección, desobediencia civil y objeción de conciencia, por ello se debería considerar que las invocaciones a la resistencia colectiva a más de ser actos públicos y colectivos distan mucho de éstas, pues en la tesis se ha demostrado que siendo fenómenos que comparten algunos elementos, cada uno tiene carácter específico. La resistencia es además de un fenómeno un acto jurídico con las características antes mencionadas.

Lo manifestado, sería observado en el juicio del caso “Quimsacocha” pues los sujetos activos del derecho a la resistencia colectiva -dirigentes sociales indígenas- de manera equivocada en sus alegaciones procesales, habrían considerado como fenómenos similares a la resistencia colectiva y a la desobediencia civil olvidando que ciertos actos de invocación a la resistencia colectiva -obstaculización de la vía pública con la quema de neumáticos, con piedras o palos- estarían acompañados de actos violentos.

Una comprensión sobre unos *límites cerrados y débiles del derecho a la protesta social* podría llevarnos a pensar que existiría en torno a ésta un conflicto de derechos constitucionales en el Ecuador, pues desde una visión del gobierno y de los operadores de justicia los actos de obstaculización de las vías públicas -forma más tradicional de llevar a cabo las protestas sociales-, ejecutados invocando el derecho a la resistencia colectiva, resultarían criminalizados si se los entiende como actos que rompen el orden y que por tanto vulneran el derecho de terceros ajenos a la protesta, pasando a ser entendidos en las primeras etapas de los procesos penales iniciados contra los resistentes como un delito de sabotaje, terrorismo o de ataque o resistencia; de ahí que discutimos la pregunta *¿hay un choque de paradigmas?*

De la revisión del proceso penal “Quimsacocha”, se podría considerar que la varios de los fallos emitidos en los procesos penales iniciados contra quienes habrían invocado el derecho a la resistencia colectiva en actos de protesta social, encontrarían motivación solo en temas de mera legalidad como la simple valoración de pruebas testimoniales aportadas por la fiscalía, pues lo que se buscaría es adecuar una conducta -obstaculización de la vía pública- con un tipo penal; dejando de lado un razonamiento que involucre una visión comunitaria y una noción deliberativa de la democracia, en especial porque los actos de protesta resultarían plenamente justificados cuando en una sociedad democrática no es posible participar en un proceso de discusión colectiva.

Finalmente, al ser el “aparente conflicto de derechos constitucionales” uno de los principales problemas de los diferentes juicios penales iniciados contra los sujetos activos de la invocación a la resistencia colectiva, éste no podría ser resuelto utilizando criterios de solución estándar de los conflictos de tipo formal, sino que sería necesario un ejercicio de ponderación que permita a los administradores de justicia establecer los límites del derecho a la resistencia y para cada caso una solución motivada en disposiciones constitucionales, en la jurisprudencia internacional, doctrina y en especial en la observancia y aplicación de los estándares internacionales respecto a la libertad de expresión y protesta social; pues solo de esta manera se garantizaría el derecho a la seguridad jurídica y debido proceso de todo procesado. Y lo que es más importante, se evitaría que ciertos actos de protesta social en los que se invoca el derecho a la resistencia colectiva terminen siendo criminalizados con graves tipos penales.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, Rafael, “La Constitución y la desobediencia civil como proceso en la defensa de los derechos fundamentales”, en *Andamios: Revista de Investigación Social*, Vol. 5, Núm. 10, México, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, 2009.
- Albán, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Parte Especial, Quito, 2012.
- Albán, Juan, “De disidentes a delincuentes”, entrevista de 17 de febrero de 2014
<http://www.planv.com.ec/historias/politica/disidentes-delincuentes/pagina/0/2>.
- Alexy, Robert, “Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El Cánón Neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- *Derechos Sociales y Ponderación*, Edición Fontamara, México, 2010.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Arana, Marco, “Ponencia para el Encuentro Latinoamericano Defensores/as de la Naturaleza Frente a la Criminalización de la Protesta”, conferencia dictada en Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos, Quito, 2009, en:
http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=258%3Amemoria&Itemid=144.
- Ávila, Ramiro, *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal*, Quito, Editorial Ecuador, 2012.
- “De disidentes a delincuentes”, entrevista de 17 de febrero de 2014
<http://www.planv.com.ec/historias/politica/disidentes-delincuentes/pagina/0/3>.
- Balibar, Étienne, *Droit de cité*, Paris, Quadrige - PUF, 2002.
- Bedau, Hugo, *On Civil Disobedience*, Journal of Philosophy, vol. 58, New York, 1961.

- Bernal, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- Bidart, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T.II, Ediar, Buenos Aires, 1998
- Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- Borja, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, Fondo de la Cultura Económica, Quito, 1997.
- Canosa, Raúl y otros, “El derecho de resistencia. Evolución histórica, esbozo de una teoría constitucional y análisis de su reconocimiento en la Constitución ecuatoriana” en *El Derecho a la Resistencia en el Constitucionalismo Moderno*, Guayaquil, Editorial Poligráfica C.A, 2011.
- Carré, Malberg, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica-Universidad Nacional Autónoma de México- Facultad de Derecho, México D.F., 2001.
- Dworkin, Ronald, “Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en: *El Canon Neoconstitucional/ Miguel Carbonell Sánchez, Leonardo García Jaramillo*, España, Editorial Trotta, 2010.
- Echandía, Devis, *Requisitos para la existencia jurídica, la validez y eficacia probatoria del Testimonio de terceros*, Bogotá, p. 30 en:
http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Requisitos_para_la_existencia_juridicpdf.
- Elizalde, Marco y Flores, Javier, “Derecho a la Resistencia en el constitucionalismo ecuatoriano. Análisis jurídico para una interpretación integral de este derecho-garantía”, en: *El Derecho a la Resistencia en el Constitucionalismo Moderno* (Facultad de Jurisprudencia de Universidad Santiago de Guayaquil), Guayaquil, Editorial Poligráfica C.A, 2011.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 2008.

- Ferreya, Gustavo, *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2001.
- Gargarella, Roberto, “El derecho frente a la protesta social”, en *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal/Ramiro Ávila Santamaría*, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, Quito, Corporación Editorial Nacional, 2012.
- “Entre el derecho y la protesta social”, en Ecuador Debate: *revista especializada en ciencias sociales*, No. 83, Quito, Ecuador Debate. Centro Andino de Acción Popular, Consejo Editorial, 2011.
- *El Derecho a resistir el Derecho: El Derecho de Resistencia en Situaciones de Carencia Extrema*, Buenos Aires, Niño y Dávila Editores, 2005.
- *El derecho a la Protesta. El Primer Derecho*, Buenos Aires, Editorial Gedisa, 2005.
- González, Miguel, “La participación ciudadana como alternativa de gobierno”, en: <http://www.uasb.edu.ec/padh/> revista 14, citado por Juan Pablo Morales, *Los nuevos horizontes de la participación*, en La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Ramiro Ávila, Primera edición, Quito, 2008.
- González, Rafael, *Participación Social y Ciudadana*, citado por Lorena Recabarren, “Participación social y ciudadanía” en: http://ww.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-25.4785762907/folder.2005-1025.3074147462/29%20ie_135_part_sociud.pdf.
- Guastini, Ricardo, *Teoría e Ideología de la Interpretación*; Editorial Trotta. Madrid, 2008.
- Guzmán, Aníbal, *Diccionario explicativo de derecho penal*, Tomo II, Quito, 1989.
- Habermas, Jürgen, *Tres modelos de democracia*, en La inclusión del otro, estudios sobre teoría política, Barcelona, Trotta, 1999.

- *Factividad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos en teoría del discurso*, Barcelona, Trotta, 1998.
- Hernández, Miguel, *El Derecho Constitucional a la Resistencia ¿Realidad o Utopía?*, Quito, Editorial –CEP, 2012.
- Marcone, Julieta, “Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas”, en *Andamios: Revista de Investigación Social*, Vol. 5, Núm. 10, México, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, 2009.
- Montaña, Juan, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Parte especial 1 Garantías Constitucionales en el Ecuador, CEDEC, Quito, 2011.
- Muguerza, Javier, “La alternativa del disenso. (en torno a la fundamentación de los derechos humanos)”, en: Javier Muguerza y otros autores. *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Edición preparada Gregorio Peces-Barba Martínez, 1989.
- Murillo, Carol, *Vamos a portarnos mal, Protesta social y libertad de expresión en América Latina*, Centro de Competencia en Comunicación para América Latina Friedrich Ebert Stiftung, Bogotá, 2011.
- Navas, Marco, “Estado constitucional y derecho de participación. Una aproximación al modelo ecuatoriano”, ponencia presentada en la XI Conferencia Internacional de CRITICA JURIDICA, México DF, 2014.
- *Lo público insurgente. Crisis y construcción de la política en la esfera pública*, Primera Edición, Quito, Editorial Quipus, CIESPAL, 2012.
- “Derechos a la comunicación y teorías de la democracia. Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano”, en *Libertad de Expresión: debates, alcances y nueva agenda*/María Paz Ávila, Ramiro Ávila y Gustavo Gómez (eds.),

- Quito, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2011.
- Nino, Carlos, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa S.A, 1996.
- Noguera, Albert, “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, en *Desafíos constitucionales. La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Rubén Martínez, Primera edición, Quito, 2008.
- *El derecho a la Resistencia en la Constitución de Ecuador de 2008: ¿Es posible compatibilizar derecho positivo y resistencia*, Universitat Rovira i Virgili, en: <http://www.iucnael2014.cat/wp-content/uploads/2014/07/AlbertNoguera-abstract.pdf>.
- Pásara, Luis, *Informe: Independencia Judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, Quito, 2014.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- Peses-Barba, Gregorio, *Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia*, p.172, en: http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10385/desobediencia_Peces_ADH_19881989.pdf;jsessionid=1DB4DD4F21F56F8BFF996AC96BF3FC93?sequence=1.
- Ramírez, Franklin, *La insurrección de abril no fue solo una fiesta*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2005.
- Rawls, John, *A Teory of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard U.P., 1999.
- Rodríguez, Esteban, “No hay democracia sin protesta. Las razones de la queja”, entrevista a Roberto Gargarella, en [www.ciaj.com.ar/images/pdf/No hay derecho, sin protesta. Entrevista a Roberto Gargarella.pdf](http://www.ciaj.com.ar/images/pdf/No_hay_derecho_sin_protesta_Entrevista_a_Roberto_Gargarella.pdf).

- Salazar, Daniela, “El derecho a la Protesta social en el Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y Libertad de Expresión en América Latina/* compilado por Eduardo Andrés Bertoni, Primera Edición, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2010.
- Santos, Boaventura de Sousa, “Los movimientos sociales”, en: *Revista del Observatorio Social de América Latina*, Año V N° 5, septiembre 2001, 14.9.11, en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal5/debates.pdf>.
- Storini, Claudia, exposición en clase UASB, febrero 2013, ponencia inédita
- Torres, Bolívar, “El derecho internacional público frente al delito de terrorismo”, Quito, 1998, en: <http://www.afese.com/img/revistas/revista47/delitoterror.pdf>
- Trujillo, Rodrigo y Pumalpa, Mélida, *Criminalización de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador*, serie investigación # 22, Quito, INREDH, 2011.
- Ugartemendía, Juan, “El derecho a la resistencia y su Constitucionalización”, en: *Revista de estudios políticos (Nueva época)*, No. 103, enero-marzo 1999.
- Viveros, Felipe, “Participación: dimensiones teóricas, políticas y jurídicas”, en http://www.bcn.cl.carpeta_temas/temas_portada, 2005-10-25, citado por Juan Pablo Morales, *Los nuevos horizontes de la participación*, en La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Ramiro Ávila, Primera edición, Quito, 2008.
- Zaffaroni, Eugenio, “Derecho penal y protesta social”, en: *Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal/Ramiro Ávila Santamaría*, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, Quito, Corporación Editorial Nacional, 2012.

Zalaquett, José, *La Desobediencia Civil en Jhon Rawls y la ética de medidas de excepción y de medidas extremas*, en Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2005, en: http://www.cdh.uchile.cl/articulos/Zalaquett/Rawls_desob_JZD_1_.pdf.

Zimmerman, Joseph, *Democracia Participativa. El Resurgimiento del Populismo*, México DF., Limusa, 1992.

Normativa

Constitución de la República del Ecuador del 2008

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Código Penal Ecuatoriano 2011

Código Orgánico Integral Penal del Ecuador

Ley Fundamental Federal de Alemania

Constitución de la nación Argentina

Instrumentos internacionales

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo.

Resolución 1566 (2004) Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. La agenda de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: problemas persistentes y desafíos emergentes.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005*”, cap. V: Las Manifestaciones Públicas como Ejercicio de la Libertad de Opinión y la Libertad de Reunión.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*Informe sobre la Situación de los Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*”, Washington, D.C. OEA /Ser.L/V/II.124, 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo V, Informe Anual 1994, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva *La Colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos).

Jurisprudencia

Sentencia No. 034-13-SCN-CC, Caso No. 0561-12-CN, de 30 de mayo de 2013.

Sentencia No. 067-12-SEP-CC, Caso No.1116-10-EP, de 27 de marzo de 2012.

Sentencia: Corte Provincial de Justicia del Azuay, Proceso No.128-11, Conjuez Ponente: Dr. Vicente Vallejo Delgado.

Sentencia: Juzgado Cuarto de Trabajo de Guayas, Juicio No. 2012-0855, Ab. Augusto Posligua Galarza.

Otros medios

Defensoría del Pueblo de Ecuador, “*Informe Temático Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: Desafíos para un estado constitucional*”, en:

[http://www.inredh.org/archivos/pdf/escenarios_criminalizacion_defensoresydefensoras.p
df](http://www.inredh.org/archivos/pdf/escenarios_criminalizacion_defensoresydefensoras.pdf)

Asamblea Constituyente, Acta 053-A, Mesa Constituyente No. 2, Quito, 27 de mayo de 2008.

El Comercio, *Los Campesinos Alistan Otras Marchas*, disponible en:

<http://elcomercio.com/201005/08/NoticiasSecundarias/EC100508p5SEGUIMIENTOINDIO.aspx>